

## **PREFÁCIO**

Marco Antonio Marques da Silva

## **POSFÁCIO**

Carlos Alberto Ferriani

## **ORGANIZADORES**

Marco Antônio Marques Silva

Fernando de Brito Alves

Lafayette Pozzoli

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Construção do Saber Jurídico no Exercício da Cidadania**

VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Instituto de Direito Brasileiro

## **AUTORES PARTICIPANTES**

Carla Bertoncini

Cleber Affonso Angeluci

Elisângela Padilha

Gilberto Haddad Jabur

Heloisa Helena Silva Pancotti

Juliana F. Alvares Rodrigues

Lafayette Pozzoli

Letícia Gabriella Almeida

Lucas Souza Leheld

Luciano Braz da Silva

Luís Henrique Barbante Franzé

Luiz Fernando Kazmierczak

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Mari Aparecida de Souza Simões Froio

Maria Helena Ferreira Fonseca Faller

Mariane Benetti do Nascimento

Marina Ribeiro Guimarães Mendonça

Melrian Ferreira da Silva Simões

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi

Regina Maria da Luz Vieira

Samyle Regina Matos Oliveira

Silvio Carlos Alvares

Thiago Nogueira Russo

Thiago Simões Froio

Valéria Aurelina da Silva Leite

Vanderlei de Freitas Nascimento Junior

Vladimir Brega Filho



**Instituto Memória**

Da leitura dos ensaios presentes nesta obra fica a imagem de que é possível identificar na, atualidade do direito, dois caminhos: o primeiro, no qual impera a letra da lei e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século passado, mas também nas inúmeras guerras espalhadas pelo mundo nos dias de hoje. Por outro lado nos deparamos com um direito humanista, fraterno, um direito que promove a pessoa humana, que respeita a dignidade humana e as culturas, e que tem forte ligação com a história moral e jurídica, vivenciada por cada nação.

*Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva*

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP.  
Professor Visitante da FDULISBOA - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



**Instituto Memória**  
Centro de Estudos da Contemporaneidade  
[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)



© Todos os direitos reservados

**Instituto Memória Editora & Projetos Culturais**

Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)



**Editor: Anthony Leahy**

**Projeto Gráfico: Barbara Franco**

**Revisão final realizada pelos próprios autores**

**ISBN: 978-85-5523-305-0**

ALVES, F. de B.

POZZOLI, L.

SILVA, M. A. M.

E-book Direitos fundamentais: construção do saber jurídico no exercício da cidadania. Organizadores: Marco Antônio Marques Silva, Fernando de Brito Alves, Lafayette Pozzoli. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

306 p.

1. Construção do Saber Jurídico. 2. Filosofia e Teoria do Direito 3. Estado e Responsabilidade: Questões Críticas.  
I. Título.


CDD: 340



## CONSELHO EDITORIAL

---

- Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza (Unesp)  
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem / Uenp)  
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (Uenp)  
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (Uenp)  
Prof. Dr. Ivanaldo Santos (Uern)  
Prof. Dr. Jose Eduardo Lourenço dos Santos (Univem)  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (Univem)  
Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé (Univem)  
Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto (Univem)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (Univem - Uems)  
Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba (Uenp)  
Prof<sup>a</sup>. Dra. Norma Sueli Padilha (Unisantos)  
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior (Univem / Unicamp)  
Prof<sup>a</sup>. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches (Univem)  
Prof. Dr. Renato Bernardi (Uenp)  
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (Univem)  
Prof. Dr. Roberto Bueno (Unb)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Area Leão Junior (Univem)  
Prof<sup>a</sup>. Dra. Thereza Christina Nahas (Faap)  
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (Uenp)



Os organizadores externam aqui um agradecimento especial ao Prof. Dr. Eduardo Vera-Cruz Pinto, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela benignidade com que se dispôs para que o Curso fosse realizado, em 2016, resultando no presente livro.



# APRESENTAÇÃO

*Marco Antônio Marques Silva*

*Fernando de Brito Alves*

*Lafayette Pozzoli*

Os organizadores

Em 2010 o UNIVEM - Centro Universitário de Marília - iniciou uma parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para organização do I Encontro Luso-Brasileiro de Direito, com o intuito da discussão de temáticas relacionadas aos Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito Constitucional, Filosofia e Teoria do Direito e Bioética.

Em 2011 a UENP se associou ao projeto e passou a co-organizar o Encontro, que se realizam sistematicamente desde então, sempre no mês de janeiro de cada ano. Em 2016 será realizado o VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito, sob o tema “Direitos Fundamentais: o exercício da cidadania”.

O comitê organizador é integrado pelo Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – IDB/FDUL, e apoiado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL e pelo Grupo de Pesquisa Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito - PUC-SP.

Entre as novidades, pela primeira vez o evento terá sessões de apresentação de trabalhos, submetidos pelos participantes, e aprovados por um Comitê Científico. Os trabalhos estão distribuídos em três Grupos Temáticos: Efetividade do Direito, Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. Também serão apresentados pôsteres.

Entre as temáticas das conferências e painéis do encontro desse ano, estão: “O juiz e a efetividade dos direitos fundamentais”,

“Direito Civil Constitucional (Civilistas x Publicistas)”, “Ensino Jurídico e Crise da Democracia”.

**Comissão Científica:**

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. Eduardo Vera-Cruz Pinto – IDB/FDUL

Prof. Dr. Jorge Miranda – ICJP/FDUL

Prof. Dr. Marco Antônio Marques Silva – PUC/SP

Prof. Dr. Gilberto Haddad Jabur – PUC/SP

**Comissão Executiva:**

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli – UNIVEM

Prof. Dr. Antônio Barreto Menezes Cordeiro - FDUL

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – UENP

Prof. Me. Raimundo Neto - IDB/FDUL



# PREFÁCIO

---

Recebi o convite para prefaciar o presente livro e aceitei, com muita alegria, pois se trata de um livro que é fruto de pesquisas apresentadas em Grupos de Trabalhos realizados no VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito, sob o tema “Direitos Fundamentais: o exercício da cidadania”, com a organização da FDULISBOA - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, UNIVEM e UENP, estas duas últimas universidades são brasileiras. Vale uma digna lembrança do Prof. Dr. Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Professor na FDULISBOA e faz parte da Rede Internacional de Investigadores em Direito e Justiça, que muito contribuiu para a realização do evento.

Os artigos transformaram-se em uma obra produzida pelo intercâmbio de universidades brasileiras e portuguesa e que agora é colocada à serviço da sociedade. Um trabalho que o pesquisador cumpre seu verdadeiro papel que é disponibilizar sua produção, colocando-a a serviço do bem comum.

O livro teve como esteio fundamental os bancos escolares dos Cursos de Direitos e dos Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito das universidades envolvidas no convênio de intercâmbio internacional.

Os artigos tratam dos diversos princípios que norteiam os textos legais dos dois países, dentre eles destaco o da fraternidade, princípio jurídico insculpido nos Preâmbulos das Constituições Portuguesa e Brasileira. Um princípio que tem uma intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana e por isto a importância de aqui ser ressaltado.

A fraternidade é reconhecida pelo conceito de universalidade e identifica a pessoa em um contexto de humanidade, numa relação de uns para com os outros. Nesse sentido, o princípio da fraternidade, em conexão a uma pessoa humana ligada à ideia de comunidade universal, promove um arcabouço social harmonioso e solidário, na medida em que tal caráter é construído, e ao Estado cabe observar esta construção do caráter social da pessoa humana e

seus valores sociais relacionados à responsabilidade e a sua participação.

Esse processo de reconhecimento da fraternidade é possível contemplar em alguns documentos normativos como, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, em especial, o seu art. 1º, o qual ressaltou o espírito da fraternidade ao afirmar que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Com isto é possível afirmar que a fraternidade protesta por um dever conectado com um direito, propiciando ao cidadão uma reciprocidade com harmonia.

Enfim, da leitura dos ensaios presentes no livro fica a imagem de que é possível identificar na atualidade do direito dois caminhos: o primeiro, no qual impera a letra da lei e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século passado, mas também nas inúmeras guerras espalhadas pelo mundo nos dias de hoje. Por outro lado nos deparamos com um direito humanista, fraterno, um direito que promove a pessoa humana, que respeita a dignidade humana e as culturas, e que tem forte ligação com a história moral e jurídica, vivenciada por cada nação.

Parabéns aos organizadores, autores dos artigos e à Editora Instituto Memória pelo importante trabalho que ora prefacio. A ciência jurídica luso-brasileira ganha com isto, mas o privilegiado com a presente obra são os cidadãos portugueses e brasileiros.

*Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva*

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP.  
Professor Visitante da FDULISBOA - Faculdade de  
Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do  
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

# SUMÁRIO

**A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA POR INTERMÉDIO DOS MECANISMOS DOS PRECEDENTES NO BRASIL..... 15**

Luís Henrique Barbante Franzé

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi

**ECOLOGIA INTEGRAL E O BEM COMUM: EXIGÊNCIAS DA SOCIEDADE FRATERNA A PARTIR DA ENCÍCLICA LAUDATO SI'..... 34**

Valéria Aurelina da Silva Leite

Lafayette Pozzoli

**A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL E O MODELO PENAL-PSIQUIÁTRICO DO ASILAMENTO SOB A ÓTICA DA LEI 10.216/01..... 59**

Letícia Gabriella Almeida

Luiz Fernando Kazmierczak

**COMUNICAÇÃO: DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL (CIVILISTAS X PUBLICISTAS)..... 94**

Gilberto Haddad Jabur

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES..... 99**

Elisângela Padilha

Carla Bertoncini

**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAS..... 122**

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Heloisa Helena Silva Pancotti

**A INCLUSÃO DIGITAL DOS IDOSOS ENQUANTO GARANTIA FUNDAMENTAL DE UM ENVELHECIMENTO DIGNO..... 139**

Vanderlei de Freitas Nascimento Junior

Thiago Nogueira Russo

**RAZÃO DISCURSIVA E ESFERA PÚBLICA: O ESPELHO DA DEMOCRACIA E A EMANCIPAÇÃO DA IDENTIDADE..... 155**

Luciano Braz da Silva

**MULTIPARENTALIDADE: O “NOVO” DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 181**

Melrian Ferreira da Silva Simões

Cleber Affonso Angeluci

**CONSTITUIÇÃO NAS MÃOS DO POVO: UMA RELEITURA DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR A PARTIR DE UMA ÉTICA DA ALTERIDADE..... 206**

Maria Helena Ferreira Fonseca Faller

Regina Maria da Luz Vieira

**A VEDAÇÃO AO TRABALHO ESCRAVO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS..... 226**

Mari Aparecida de Souza Simões Froio

Thiago Simões Froio

**AGRICULTURA FAMILIAR NA SOCIEDADE DE RISCO E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL..... 242**

Lucas Souza Lehfeld

Marina Ribeiro Guimarães Mendonça

**A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO COM O DIREITO NA PREVENÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS E A GARANTIA DA CIDADANIA. .... 267**

Juliana F. Alvares Rodrigues

Mariane Benetti do Nascimento

Silvio Carlos Alvares

**POLÍTICAS PÚBLICAS PRISIONAIS E OS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA..... 284**

Samyle Regina Matos Oliveira

Vladimir Brega Filho



# A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA POR INTERMÉDIO DOS MECANISMOS DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Luís Henrique Barbante Franzé<sup>1</sup>

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O princípio da segurança jurídica está presente na maioria dos Estados ocidentais, de forma explícita ou implícita, dentre os quais no Brasil - que adota o modelo do Estado Democrático de Direito – que lhe coloca no patamar de “*exigência fundamental*”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pós- Doutor pela faculdade de direito da Universidade de Lisboa (2011), Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (2001), graduado em Direito pela faculdade de Bauru (1990). Atualmente é advogado militante, professor no programa de mestrado e graduação do Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM) e professor da graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Processual.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito, no Programa de Estudo Pós-Graduado em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na UNIESP de Presidente Prudente-SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (2º mandato), Membro da Comissão da Mulher Advogada e do Jovem Advogado, também na cidade de Presidente Prudente-SP. E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayaradallefi@adv.oabsp.org.br.

<sup>3</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. In: O processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim- “As reformas do Direito Processual

Assim, a inserção da segurança jurídica, nas relações sociais, possui grande valia com a finalidade de almejar a justiça diante um determinado caso concreto, diante o binômio justiça/segurança<sup>4-5</sup>.

Contudo, não pode ser perdido de vista, que o excesso de rigidez imposta pela segurança, inclusive, pode ocasionar um descompasso com a evolução trazida pela historicidade do direito<sup>6</sup>.

Sem a pretensão de esgotar o tema sobre a segurança jurídica, este estudo examinará a segurança jurídica, em relação ao incidente de resolução dos recursos repetitivos (que doravante será chamado de IRDR), no contexto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (que doravante será chamado de CPC/2015).

Este objeto será examinado por meio de pesquisa histórico-bibliográfica, que verificará a compatibilidade com a segurança jurídica e a possibilidade da utilização dos mecanismos utilizados no precedente – advindo do sistema da *Common Law* – como forma de proporcionar uma maior inclusão processual a todos os cidadãos a depender do caso concreto em que está sendo discutido, tornando efetivo o princípio da segurança jurídica.

## 1 VALOR E PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica pode ser analisada como valor e norma-princípio. Como valor, envolve o juízo *axiológico* daquilo que o homem médio julga que é bom em consonância a sua realidade. Já, como norma-princípio, se refere ao sentido de definir condutas

---

Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica” São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 246.

<sup>4</sup> NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed. 2009, p.65.

<sup>5</sup> Importante ressaltar que o presente trabalho não irá adentrar ao conceito de justiça.

<sup>6</sup> Eis o dilema: mais segurança significa mais liberdade; mais liberdade permite a existência e a proteção de um maior número de interesses por meio das normas jurídicas, o que, por sua vez, contribui para o aumento da complexidade do ordenamento jurídico. A segurança – eis o interessante paradoxo – gera insegurança. A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. (AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011, p.64).



permissivas, proibitivas e obrigatórias com a finalidade precípua de possibilitar prever consequências jurídicas diante os fatos praticados<sup>7</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988, ao dispor sobre a segurança jurídica em seu preâmbulo lhe deu um *valor* social, no sentido de proporcionar a segurança por intermédio do Direito - meio devido para proporcionar segurança – no Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>. Além disso, a Constituição de 1988 também trata do tema ora como princípio, ora como regra, conforme se observa em seu art. 5º<sup>9</sup>.

Por seu turno, o conceito de segurança jurídica está relacionado com a liberdade, mais precisamente a proporção de cada uma, ou seja, quanto maior segurança proporcionado por meio da norma jurídica maior será a liberdade de todos os cidadãos, principalmente para planejar o futuro e a possibilidade de prever os atos dos demais indivíduos da sociedade.<sup>10</sup> De modo geral, a segurança jurídica é almejada nos países ocidentais – seja aqueles que adotam o sistema da *Common Law* ou da *Civil Law* – pautados nos preceitos ideológicos adotados em cada Estado.

A necessidade de alcançar a segurança jurídica visa maior estabilização na aplicação no Direito e, conseqüentemente, maior previsibilidade nas relações sociais. Nesse contexto, Humberto Theodoro Júnior defende que a segurança é condição de existência do próprio direito<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre esta classificação, Humberto Ávila também ressalta que a segurança jurídica poderá ser observada no caso concreto, isto é, no plano do fato, de modo que no *“juízo de fato a respeito daquilo que se julga no plano da realidade”*, a exemplo das decisões e qual seu real significado diante o caso concreto (Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.108-109).

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 202.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.64.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 63.

<sup>11</sup> (...) o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feito absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe. (THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 262).

Diante de sua importância, alguns países europeus - como Portugal, Alemanha e França -, tratam da segurança jurídica como “*exigência fundamental*”<sup>12-13</sup>. Isto porque, também é intuito da segurança jurídica efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana por meio do combate às mudanças inesperadas e sem razões plausíveis da jurisprudência. Logo, a estabilidade da jurisprudência trazida pela segurança jurídica trará maior previsibilidade aos jurisdicionados, que passam a poder confiar na jurisprudência, gerando maior igualdade<sup>14-15</sup>.

Vale salientar ainda, que a segurança jurídica, embora presente nas sociedades politicamente organizadas, tem resquícios na antiguidade, a exemplo do “Código de Hamurabi”<sup>16</sup> na sociedade

<sup>12</sup> Idem, p.246.

<sup>13</sup> Embora presente em todos atos da vida dos cidadãos nas nações politicamente organizadas, a segurança jurídica também sofre reflexos eventuais ou temporários em sua eficácia nos atos concretos da sociedade.

O fulcro da segurança jurídica que deve embasar todos os atos da vida civil encontra-se na Constituição Federal, baseados em dispositivos da maior relevância, entre os quais, da mais alta importância, a irretroatividade das leis, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Para que isso se configure de forma real na vida prática, é fundamental a ação do Poder Judiciário nos mais diversos níveis e instâncias. É a ele que o cidadão deve recorrer sempre que entender que seus direitos fundamentais estão sendo violados e esse recurso deve ser exercido de maneira a restabelecer esses princípios. Eis aí o caminho, a rota, a própria essência da segurança jurídica que deve embasar qualquer sociedade devidamente organizada. (CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.9).

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.66.

<sup>15</sup> (...) ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos ónus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal. (SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997, p.42).

<sup>16</sup> Cito o exemplo do “Código de Hamurabi” (um dos mais antigos conjuntos de leis escritas, elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C., na Mesopotâmia). Trata-se de um código notável avaliado pelo que dele sobrou, no que diz respeito a segurança jurídica do contrato e do patrimônio e com punições, inclusive, duríssimas. Punição à morte, por exemplo. A própria “teoria da imprevisão” nós encontramos no “Código de Hamurabi”. Quando se diz que se, por acaso, o deus Acade desencadear uma seca e o arrendatário não puder pagar, ele não será obrigado a pagar ao seu arrendatário porque a seca não permitiu que ele produzisse, temos a teoria da imprevisão há quase quatro mil anos. Há, todavia, sempre uma relação entre o poder e o Estado, procurando o Estado regular o problema da pena de morte, o problema da repressão, mas, ao mesmo tempo, as relações entre as pessoas, mas nunca sendo objeto de regulação o poder imperial. (MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In:

grega, por intermédio de visão de mundo Aristotélica<sup>17</sup> e até mesmo no Direito Romano, com a clássica afirmação de Paulo de Tarso, que busca a proteção do princípio da segurança jurídica quando diante de seu julgamento<sup>18</sup>.

Quando voltada para o cidadão, a segurança jurídica tem como finalidade proteger seus interesses, sejam eles na esfera individual ou coletiva, tais como “o direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado”<sup>19</sup>.

Em contrapartida, analisando de forma contrária acima – subjetiva – a segurança jurídica em seu aspecto objetivo, está relacionada ao sentido da norma jurídica, adentrando na esfera semântica – da forma de revelar o seu real objetivo e sua forma de interpretá-lo<sup>20</sup>.

Não existe uma definição exata acerca do princípio da segurança jurídica, em virtude ser de grande valia para todo e qualquer cidadão, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana, proporcionando um ordenamento jurídico com maior confiança, seguro e previsível<sup>21</sup>.

---

Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.100).

<sup>17</sup> Aristóteles apresenta uma visão extremamente abrangente do conhecimento, praticamente todos os problemas da época e, principalmente, da espinha dorsal de nossos problemas. E isso vem alterar fundamentalmente o Direito no que tange à segurança. Quando os romanos, (...) verificamos que não foram originais em nada. (MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.101).

<sup>18</sup> Quando Paulo (Paulo de Tarso – apóstolo de Cristo – 10/67) diz: “Eu sou um cidadão romano e não posso receber chibatadas”, o centurião que o prende diz: “Mas eu comprei minha cidadania com um alto preço”, o que vale dizer, ele, centurião, sabia da importância da proteção do direito romano. E quando Paulo disse, eu quero ser julgado em Roma porque sou cidadão romano, ele é enviado para Roma para ser julgado. Ele tinha o direito e o direito o garantia. (MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.101).

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 154.

<sup>20</sup> Idem, p. 152.

<sup>21</sup> AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011, p.89.

A segurança jurídica é necessária para qualquer ordenamento jurídico, seja como fato, valor e norma-princípio, devendo ser adequada de acordo com o momento histórico – político e social – em que se vive manifestando a realidade da ideologia presente, em busca da previsibilidade, razoabilidade e liberdade para todos os cidadãos.

Além da busca dos valores acima, deve-se agregar o fator confiança no direito e a imutabilidade, principalmente no âmbito processual, não no sentido de estagnar e tornar perpétua a norma – o que iria gerar a própria insegurança jurídica – mas no sentido de proteger as expectativas e a aplicabilidade da norma, no tempo em que for efetivamente utilizada.

## **2 INSEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELA FALTA DE ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA**

A falta de estabilização da jurisprudência gera problema de grave monta, ao passar a falsa impressão de que a jurisprudência é da pessoa do juiz e não do tribunal. Em outras palavras, quando se estabelece uma jurisprudência sobre um tema, que possui legitimidade para realizar a justiça, passa a ser altamente recomendável a sua estabilização.

Daí porque andou bem o art. 926, do CPC/2015, ao expressar que: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

A partir do momento em que esta jurisprudência se torna estável, as partes começam a confiar nas decisões do judiciário, em respeito à função social do processo<sup>22</sup>. Por exemplo, se há previsibilidade do resultado sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo, o poder público deixará de ajuizar com ações para cobrá-lo, pois já sabe previamente que perderá a questão. Enfim, havendo previsibilidade, haverá menos processos e sobrecarga desnecessária ao judiciário.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que: “A previsibilidade, além de evitar surpresas, permite ter confiança nos direitos. Sabe-se, dessa forma, que a opção por uma conduta não só não acarretará algo imprevisto, como também se tem a garantia de que, diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido”. (A ética dos precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 110).

Por outro lado, o argumento de que a uniformização engessaria o direito não é suficiente para afastá-la. E isso, porque o CPC/2015 investiu na qualidade dos pronunciamentos judiciais (CPC/2015, art. 489, § 1º), bem como na possibilidade de exame do maior número de argumentos possíveis sobre o tema, inclusive por meio da participação de “*amicus curiae*” e audiências públicas (CPC/2015, art. 927, § 2º). Além disso, em situações excepcionais, advindas de mudanças relevantes, como a social, por exemplo, há a possibilidade de superação do precedente (CPC/2015, art. 927, §§ 2º ao 4º).

Com esta ordem de ideias, a segurança jurídica, por intermédio de uma cadeia dedutiva “fato-valor-norma”, *em vez de uma mera constatação fática, pode descerrar sentido sobre um estado desejável de coisa, qualificado como digno de ser perseguido por razões das mais diversas naturezas (sociais, culturais, religiosas, econômicas, por exemplo)*, representando um juízo axiológico, pautado em um sistema de valores, na busca de seus objetivos e constituir seus ideais.<sup>23</sup>

A segurança jurídica, pautada na “configuração da realidade por meio de instituições”, está relacionado com o tema do próximo item, sobre a ideologia, no qual poderá verificar que não importa a ideologia adota, sempre a segurança jurídica estará presente no ordenamento jurídico.

Portanto, não há que se falar em segurança jurídica, sem que decorra da confiança do cidadão, ou seja, se o cidadão não confia na norma isto demonstra que há insegurança e não efetivação das garantias fundamentais, prejudicando até mesmo a própria economia do Estado.

Isto porque, quando há insegurança jurídica, não é efetivado o princípio da dignidade da pessoa humana, comprometendo inclusive a capacidade de planejar o futuro diante a instabilidade atual, atingindo a todos os cidadãos, investimentos internos e externos, deixando todos apreendidos com novas normas, causando instabilidade em todos os setores do Estado<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> QUINTELA, Guilherme Camargos. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança – A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.34

<sup>24</sup> AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011, p.64.

A questão do incidente recursal de demandas repetitivas (IRDR), que será estudada neste trabalho, recai exatamente nesse aspecto, pois em nome da segurança jurídica, pode acabar por gerar insegurança jurídica e exclusão daquele que necessita da tutela jurisdicional, motivo pelo qual, tentará propor como uma possível solução a necessidade dos mecanismos atinentes aos precedentes – instituto presente nos países que tem influência do Sistema da *Common Law* – para o fim de concretizar o princípio da segurança jurídica.

### 3 A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL POR MEIO DOS MECANISMOS DO PRECEDENTE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A busca pela solução de conflitos, fundamentado no princípio da segurança jurídica, fez os operadores do direito refletirem, principalmente, sobre o tratamento das decisões sobre questões similares levadas ao judiciário, como uma tentativa de desafogar o judiciário.

O IRDR procurou proporcionar meios condizentes com a segurança jurídica. Contudo, ao mesmo tempo, poderia proporcionar a própria insegurança jurídica quando questões similares são decididas de modo oposto por tribunais de diferentes Estados.

Nesse sentido, uma melhor solução é levar o caso até a Corte Superior, no caso o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, para que possa sobrestar os efeitos das decisões, e decidir de forma única, influenciando todos os demais casos do Estado brasileiro, utilizando neste julgamento os mecanismos utilizados nos precedentes judiciais, tal como a possibilidade da intervenção da figura de *amicus curiae*<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Admitem, de todo modo, ambos os dispositivos legais, a intervenção de *amicus curiae*. Entendemos, além disso, que se encontra na definição de “terceiro”, na hipótese descrita nos referidos dispositivos legais, também as partes em cujo processo houve recurso que teve a sua tramitação sobrestada. É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contrarrazões. (MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. Processo Civil Moderno. Volume 2: Teoria Geral e Princípios Fundamentais dos Recursos. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.255).

Aliás, o CPC/1973 só previa a possibilidade de julgamento de questões idênticas de direito<sup>26</sup> diante o recurso especial e extraordinário e, quando encaminhados aos Tribunais Superiores, deveriam conter fundamentos essenciais sobre a questão de direito repetitiva, demonstrando em sua tese um fundamento jurídico convincente para aceitação.

Em contrapartida, o CPC/2015, trata das questões repetitivas, em recursos excepcionais (especial e extraordinário), nos artigos 1.036, 1.037, § 4º, 1.038, *caput*, I e III, e §§1º e 2º e 1.040<sup>27</sup>. Já, o IRDR é tratado nos artigos 976 ao 987, do CPC/2015.

Aliás, o IRDR tem o escopo de solucionar as demandas em massa, para minimizar a sua possível proliferação, respeitando o princípio da isonomia e combatendo processos sobre questões similares, com a possibilidade de recursos excepcionais aos tribunais superiores (STJ e STF), com o propósito de melhorar a uniformização da jurisprudência e alcançar não só a efetividade, mas a segurança jurídica na prestação jurisdicional.<sup>28</sup>

Convém ressaltar, outros entendimentos sobre as demandas repetitivas e o IRDR, no sentido de ser uma anomalia presente no atual sistema processual, pois o fato do processo só ter efeitos para as partes que nele estão presentes e os demais terceiros não favorecer da mesma decisão, salvo se demandarem com o mesmo pedido idêntico, no mesmo julgador, geral problemas imensuráveis, a contar com o congestionamento do judiciário, sem contar com a questão de julgamentos diversos, motivo pelo qual levou a criação mecanismos numa tentativa de solução, a exemplo das súmulas vinculantes e os recursos repetitivos<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Idem, p. 256.

<sup>27</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 534.

<sup>28</sup> VIVEIROS, Estefânia. O recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Coordenador J.S.Fagundes Cunha. Editor Luiz Fernando de Queiroz – Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 56.

<sup>29</sup> Demandas repetitivas constituem uma anomalia no sistema processual. De fato, nada justifica que uma *mesma questão* deva ser examinada várias vezes pelo Judiciário, apenas porque se refere a pessoas diferentes. Ainda, assim, a manifesta índole individual do processo civil brasileiro – e, de modo geral, do processo de origem continental- europeia- restringe apenas às partes em regra a coisa julgada (art.506), o que torna necessário que relações jurídicas de série, ou seja, idênticas, travadas com vários sujeitos diferentes, sejam decididas várias vezes. Imagine-se uma relação tributária: o Estado impõe a mesma obrigação tributária a vários

Com previsão nos artigos 976 à 987 do CPC/2015, o IRDR é uma técnica inspirada no direito inglês e alemão nas experiências da *Group Litigation Order*<sup>30</sup> e *Musterverfahren*<sup>31</sup>. Seu objeto consiste nas

contribuintes diferentes. Em princípio, o reconhecimento de que aquela exação tributária é ilegal, em uma determinada demanda, deveria ser o suficiente para que o Estado voltasse atrás e deixasse de exigir o tributo ilegal de todos. Porém, no sistema atual, essa é uma exigência apenas ética e não uma obrigação legal. Do ponto de vista processual, a decisão do processo examinado só gera efeitos para a relação entre as partes, de modo que todos os outros são terceiros e, assim, não se favorecem por esta primeira decisão. Essa situação obviamente gera inúmeros problemas, especialmente ligados à inconsistência do sistema jurídico e à possibilidade de que situações idênticas recebam tratamento diverso. Ora, a multiplicação de questões idênticas pode gerar a consequência de que o Direito seja aplicado de forma diferente aos interessados, fazendo com que alguns sujeitos devam comportar-se de certo modo, enquanto outros estarão obrigados à conduta diversa diante da mesma situação. Isso é certamente indesejável no sistema e estimula, sobretudo, a multiplicação de demandas, até porque, *até a decisão da questão singular, em relação a cada um dos sujeitos*, nenhum deles poderá de antemão afirmar com certeza como deve ser tratada a sua situação. Ante a gravidade dessa situação, e para evitar que o Poder Judiciário seja obrigado a examinar várias vezes a mesma questão, os vários ordenamentos jurídicos concebem diversos instrumentos que objetivam lidar com essas causas repetitivas. O Brasil concebe mais de um instrumento que busca tratar com essa questão. A súmula vinculante, o julgamento de recursos repetitivos, a improcedência de liminar do pedido constituem, sem dúvida, instrumentos concebidos para lidar com causas repetitivas. O Código atual, porém, inspirado em figuras semelhantes existentes em outros países, concebeu o incidente de resolução de demandas repetitivas como mais uma técnica posta à disposição da uniformização da aplicação do Direito. A medida destina-se, como se lê no art. 976, a evitar que uma mesma *questão de direito*, presente em demandas de sujeitos diversos, possa receber respostas diferentes pelos vários órgãos do Poder Judiciário que eventualmente tenham contato com essas causas. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum, vol II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 576-577).

<sup>30</sup> A GLO inglesa, introduzida com as *Civil Procedure Rules*, em 1998, tem o fito de permitir que demandas semelhantes (não necessariamente idênticas) tenham tramitação conjunta, valendo-se de técnica parecida com a ação de classe, a fim de dar-lhes um tratamento eficiente e efetivo. A essência do mecanismo é sua ênfase na eficiência da gestão de processos, de modo que ele é pensado, sobretudo, no interesse do próprio Judiciário. A solicitação para que uma causa possa tramitar sob esse regime especial depende de prévia consulta à *Laws Society's Multi Party In-formation Service* e de uma autorização específica do tribunal ao qual a causa está vinculada (*Lord Chief Justice* ou *Vice-Chancellor*, dependendo do caso). Pode abranger tanto questões de fato, como de direito comuns a um grupo e pode ser provocada pelo interessado ou de ofício, pelo juiz envolvido. É então designado um tribunal (*Management Court*) que terá a atribuição de examinar a questão em comum, resolvendo a matéria em relação aos interessados que assim postularem. (Idem, p.577).



questões de direito que sejam similares, múltiplas e controversas, além de trazer risco à isonomia e à segurança jurídica (CPC/2015, art. 976, incs. I e II)<sup>32</sup>.

Nesse contexto, o IRDR será decidido pelo órgão de segundo grau que for responsável – segundo o regimento interno do tribunal –, pela uniformização de jurisprudência (CPC/2015, art. 978). Por seu turno, a questão central decidida será aplicada (vinculará) aos demais processos que versarem sobre a mesma questão e estiverem na área de jurisdição do tribunal que decidiu o IRDR (CPC/2015, art. 985).

Fixada a tese, o artigo 979 do CPC/2015 determina a publicidade da instauração do incidente.

<sup>31</sup> Já o *Musterverfahren* foi introduzido pela primeira vez em 1991, em lei que reformava a Justiça Administrativa alemã. Outros diplomas preveem a aplicação do instituto, que basicamente trata do julgamento de um “caso-piloto”, a partir do qual se pode ter uma ideia de qual será o posicionamento da jurisdição alemã a respeito daquele tipo de controvérsia. Sua aplicação exige a observância de alguns requisitos e de estrito juízo de admissibilidade. Autorizado o processamento do caso-piloto, realiza-se uma cisão de julgamento da causa, de modo a destacar a(s) questão (ões) comum (uns) a várias demandas individuais, deixando-as para apreciação conjunta. As questões comuns serão julgadas por um tribunal de segundo grau (atuando como instância originária) e, depois disso, cada processo será apreciado por seu juízo natural, aplicando a solução da questão comum. (Idem).

<sup>32</sup> Ao que parece, a solução da questão exige uma interpretação histórica do IRDR. Enquanto o código tramitava como projeto, o substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (Substitutivo n. 8.046 de 2010) acrescentou um parágrafo ao primeiro artigo que tratava o IRDR, exigindo que, para a instauração do incidente, seria necessária a pendência de qualquer causa de competência do Tribunal. Esse preceito, porém, foi suprimido na versão final do Código, o que indica a intenção do legislador em não manter essa imposição. Por isso, não parece lógico pretender extrair do art. 978, parágrafo único, interpretação que exija pendência de causa perante o tribunal para que viabilize o incidente. Mas então qual a finalidade do art. 978, parágrafo único? O preceito tem apenas a intenção de gerar a regra de prevenção, sujeitando ao órgão que analisou o incidente a julgar também – ao mesmo tempo, se “recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária” já estiver pendente de análise no tribunal, ou futuramente, quando esses atos chegarem à apreciação da corte – a causa de onde surgiu a questão de direito julgada. Em conclusão, portanto, tem-se que a instauração do incidente não deve exigir a pendência da questão de direito à análise do tribunal. Bastará que tenha havido multiplicação de feitos com a mesma questão de direito perante o *Poder Judiciário*, com risco à isonomia ou a segurança, para que se viabilize o IRDR. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum. Vol II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.581).

É exatamente sobre estes aspectos que incide a necessidade dos mecanismos dos precedentes como uma forma de melhor aplicação do IRDR, proporcionando maior eficácia, isonomia, celeridade e principalmente segurança jurídica.

No sistema de precedentes, precisamente o mecanismo da *Common Law* do direito norte americano, é utilizado a teoria do *stare decisis et non qujeta movere* – mantenha a decisão e não mexa no que está quieto, ou seja, os juízes devem obedecer decisões já decididas. Contudo, não é toda decisão que se torna um precedente, sendo necessário elencar a *premissa fundamental* que terá o poder de vincular os casos posteriores<sup>33</sup>.

Assim, diante um caso de questões repetitivas, o IRDR, poderia ser levado a Corte nos mesmos moldes do sistema dos precedentes, de forma que o julgamento do primeiro caso levado, já teria efeito vinculatório e para não se eternizar e não causar um engessamento do direito, a ponto de causar insegurança jurídica, seria utilizado o *distinguishshg* ou o *overruling*.

O *distinguishing* “consiste em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da rule e que a decisão seja tomada independentemente daquela”<sup>34</sup>, nesta hipótese, além de oferecer a possibilidade do julgador em comparar os casos diante o precedente, para analisar sua aplicação ou não, iria oferecer maior inclusão do cidadão de buscar o judiciário e não ter negado seu pedido, sob a justificativa de ser questão pacificada.

Já o *overruling* pode ser feito pelo legislador, a partir do momento em que a Suprema Corte interpreta um texto da Constituição e o legislador resolve abolir ou alterar o texto

<sup>33</sup> De acordo com Lee J. Strang “um precedente é um caso decido no Tempo 1 que é significativamente análogo a um caso que surge no tempo 2. Um precedente é vinculante se, no Tempo 2, uma Corte posterior; mesmo que não concorde com a(s) conclusão(ões) alcançadas no caso anterior no tempo 1, é obrigada a seguir, distinguir ou dar as razões para superar o caso anterior.” Já Michael J Gerhardt define o precedente de forma mais ampla, como qualquer opinião, decisão, ou ocorrência constitucional do passado que a Suprema Corte ou autoridades não judiciais investem de autoridade normativa. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010, p.178).

<sup>34</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010, p.212.

*interpretado, devendo a Corte fazer uma nova interpretação*<sup>35</sup>, em outras palavras, é a possibilidade da revogação do precedente, seja de forma *expressa ou implícita*<sup>36</sup>, não eternizando a questão, diante as novas transformações da sociedade, evitando não só o engessamento do judiciário, mas também valorizando o princípio da segurança jurídica.

Outro aspecto importante, proporcionando maior segurança jurídica, está na conscientização de que a decisão deve refletir, o máximo possível, a jurisprudência uniformizada, de modo que a alteração da composição dos membros do tribunal, não justifica a mudança de jurisprudência consolidada, com base em critérios pessoais e, conseqüentemente, gerando insegurança jurídica e falta previsibilidade<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Idem, p. 193.

<sup>36</sup> O *overruling* pode ser explícito ou implícito. O explícito se dá quando o Tribunal, julgando um caso concreto, reconhece a existência de um precedente que tenha em sua fundamentação uma regra de direito que agora é considerada, por qualquer motivo, insustentável para o caso atual. A partir desse reconhecimento inicia-se uma discussão acerca da necessidade de se afastar o precedente. O implícito ocorre quando um precedente não pode se sustentar a partir de um precedente mais recente da Corte. (Idem, p. 198).

<sup>37</sup> A Constituição Federal estabelece a forma pela qual se dá a composição dos membros da Excelsa Corte, devendo ser procedida em observância aos requisitos determinados pela Lei Maior. A indicação e a escolha do candidato a ocupar o cargo de Ministro é feita pelo Presidente da República com a aprovação por maioria absoluta do senado Federal. Esse processo revela que embora seja um órgão constitucionalmente judicial, é notório que inexistente participação do próprio Judiciário na sua formação, assim como difere dos demais órgãos do referido Poder que, em regra, para investidura ao cargo deve-se observar o concurso público ou promoção de membros de carreira pautada na antiguidade e merecimento. Existem inúmeras Emendas à Constituição Federal (que demonstram ser contrária a forma como ocorre essa composição), as quais propõem a alteração do artigo constitucional (art. 101) que dispõe acerca do procedimento de indicação e escolha dos Ministros da Excelsa Corte. Observa-se que as críticas são muitas, inclusive dentro da comunidade acadêmica, jurídica; revelando a imperiosa insatisfação referente ao modelo atual sobre os critérios que recaem esse processo, dentre os quais se destaca a escolha, indicação unilateral feita pelo chefe do Executivo Federal. Esclarece-se *a priori* que o Estado é soberano e o exercício dessa soberania é feito por meio dos Poderes da República, quais sejam Executivo, Legislativo e Judiciário que são independentes e harmônicos entre si, tendo a finalidade de limitar o próprio poder estatal em nome do bem-estar da sociedade, garantindo a sobrevivência do estado democrático de direito. (...) Verifica-se, assim, que, de fato, existe uma exclusividade do Presidente da República concernente à pessoa que irá ocupar a cadeira da Corte Suprema, pois, conforme se observa o Senado Federal atua mantendo-se em obediência a escolha feita pelo chefe do executivo, embora tenha o poder de rejeitar tal sugestão

Com o propósito de dar o maior acesso, o IRDR pode ser requerido pelo juiz, relator, ministério público ou pela advocacia geral da união (CPC/2015, art. 977)<sup>38</sup>.

Mas não pode ser perdido de vista, que a aplicação da questão definida no IRDR impõe a necessidade de que seja deixado claro o(s) fundamento(s) determinante(s) que leva(ram) ao resultado do julgamento para que possa influenciar os casos futuros.<sup>39</sup> E isso é necessário, para que – ao ser aplicado o “precedente” do IRDR – seja possível a demonstração da identidade dos fundamentos determinantes que levaram ao resultado, de forma racional.

A decisão da Corte não pode assemelhar com um enunciado – como no caso da súmula vinculante – e muito menos ser levado em conta apenas seu dispositivo. O *enunciado* ou um *resultado interpretativo*<sup>40</sup>, não fornecem aos juízes que irão julgar casos futuros

acaso o indicado por meio da sabatina não corresponda às expectativas do cargo. Salienta-se, também, a necessidade da alteração do *quorum* de aprovação, o qual deveria sofrer uma modificação, deixando de ser por maioria absoluta para dois terços ou três quintos, afastando assim qualquer pacto existente entre Executivo e Legislativo. (COSTA, Yandria Siendre Fonseca da. A Suprema Corte Brasileira e sua composição: uma indicação unilateral. Disponível em: < [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14609&revista\\_cader\\_no=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14609&revista_cader_no=9)>. Acesso em 18 de outubro de 2015).

<sup>38</sup> Explicando melhor sobre o tema, os presentes autores não questionam a possível eficácia do IRDR, principalmente porque o artigo 977 do Novo Código de 2015 traz a oportunidade da instauração do incidente seja pelo juiz – de ofício, pelas partes – por petição e até mesmo pelo Ministério Público ou Defensoria Pública.

<sup>39</sup> São as razões de decidir, ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso que assumem o relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer de respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. Não basta saber se a decisão é favorável ou contrária ao recorrente, mas é preciso compreender o entendimento da Corte, ou melhor, as razões que levaram a Corte decidir a favor ou contra o recorrente, escolhendo uma interpretação em detrimento de outra ou de outras. Se a Corte Suprema não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, não basta mais saber apenas a sua conclusão, sendo imprescindível conhecer as razões que dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros. (MARINONI, Luis Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do Recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20).

<sup>40</sup> A súmula não se preocupa com fundamentos, mas apenas em expressar um enunciado ou resultado interpretativo. Um mero enunciado ou resultado interpretativo jamais será capaz de fornecer aos juízes dos casos futuros as razões da decisão. Lembre-se que a súmula deriva da reafirmação de resultados iguais e não de fundamentos iguais. Na verdade, mesmo que se pensasse numa “súmula dos fundamentos” – que, assim, não seria um enunciado, mas um longo arazoado -, isso na prática seria impossível, pois as razões são inseparáveis da situação

razões para fundamentar seus julgamentos, havendo a necessidade de analisar a decisão como um todo.

Ao tratar do julgamento que vem a tornar precedente, é preciso verificar a decisão como um todo, que levaram a razão de decidir – *ratio decidendi* – incluindo também os demais motivos que levaram a fundamentação, que embora não possuir vinculação tornou-se necessária para chegar à decisão, denominado de *obter dictum*<sup>41</sup>.

Também nestes moldes deve ser o julgamento do IRDR, elencando a necessidade de não somente dar um dispositivo, mas demonstrar as razões de decidir – levando em conta a *obter dicta* – acrescido da utilização do *overruling* e do *distinguishing*, não se

---

concreta. E, caso se fosse mais longe para pensar em “súmula dos fundamentos” ligados a uma mesma situação de fato, finalmente haveria a confissão de que o importante é o precedente, exatamente por ser ele o detentor do caso concreto da *ratio decidendi*. (Idem, p.26).

<sup>41</sup> Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que, por sua repercussão no meio forense, oferece interessante exemplo de *obter dicta*. Trata-se de um julgado que tratou da interpretação do art. 475-J do CPC, mais precisamente a respeito da necessidade de intimação do condenado para a incidência de multa de 10% diante do não pagamento no prazo de quinze dias. No Resp 954.859, decidiu-se que a multa incidiria independentemente de intimação pessoal do condenado. O relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, assim argumentou: “Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não podem presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros nesse sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele informar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade um o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e expõe a multa, ele deve responder por tal prejuízo”. Note-se que o tribunal não estava julgando a responsabilidade do advogado, mas somente analisando a necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa. De modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não –, é verdadeiro *obter dictum*, configurando-se como mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida, de solução desnecessária para se chegar a solução do recurso. Consequentemente, esta observação, de que o advogado é responsável pela multa do art. 475-J, jamais poderá ser invocada como precedente ou *ratio decidendi*. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.281-282).

preocupando somente com a solução do incidente, mas em sustentar decisões coerentes e seguras para a construção do direito brasileiro.

Desta feita, verifica-se a necessidade da utilização dos mecanismos do precedente norte-americano nas decisões do IRDR, acrescido com a conscientização da utilização do *amicus curiae* e da forma de composição dos Tribunais, para o fim de proporcionar decisões não só se cunho político, mas com maior previsibilidade, isonômicas, evitando a exclusão do cidadão ao judiciário e efetivando os valores do princípio da segurança jurídica no Brasil.

Corroborando com o assunto, o incidente visa solucionar *questão unicamente de direito*<sup>42</sup>, que irá solucionar milhares de

<sup>42</sup> De outro lado, a noção do que sejam “casos repetitivos” também poderia dar uma falsa impressão sobre o objeto incidente. Na realidade, o incidente não se presta para a discussão de controvérsias resultantes de um fato comum ou uma gênese. Como também expressamente consigna o art. 976, I, o incidente só se presta para a solução da mesma *questão unicamente de direito*. A rigor, portanto, os casos submetidos a solução pelo incidente não podem conter discussão a respeito de matéria de fato. É preciso que, em relação aos fatos, estes estejam sempre incontroversos. Só se admitirá, então, o incidente se o debate envolvido nesses vários processos versar exclusivamente sobre matéria de direito. Pode ocorrer que haja mais de uma questão de direito envolvida, mas não pode haver controvérsia sobre os fatos. A questão de direito que admite o incidente pode envolver tema de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único), bastando que não envolva discussão fática. Ademais, é necessário que a controvérsia sobre esta questão de direito, apresentada em vários processos, seja capaz de oferecer risco de *ofensa à isonomia e à segurança jurídica* (art. 976,II). É evidente que as questões de direito tendem a repetir-se em vários processos, já que a aplicação do direito é naturalmente controvertida. Por isso, insiste o texto legal em afirmar que não basta que exista controvérsia a respeito da questão de direito. É necessário que essa controvérsia seja relevante a ponto de implicar risco a isonomia e a segurança jurídica. Normalmente, esse risco se traduz pelo perigo de que, diante da mesma controvérsia a respeito de questão de direito, pessoas recebam tratamento jurisdicional distinto, tratamento esse que comprometa a segurança jurídica. Assim, o simples tratamento diverso da mesma questão de direito por órgãos diferentes não basta, até porque esse em determinado momento é normal, sendo que para solucionar esse problema preveem-se outras técnicas processuais (consistente na observância dos precedentes ou em outros institutos assemelhados). Para o incidente, é necessário que este tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil. Por outras palavras, é inevitável que eventualmente instado a pronunciar-se a respeito de uma mesma questão de direito em vários processos, *inexistindo precedente a respeito do assunto*, a Justiça Civil produza decisões diferentes. Enquanto isso não afeta a visão da inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, essa divergência é tida como normal, sendo internalizada pelo sistema. Todavia, quando essas repostas diferentes importem em risco de que se perca a referencia a respeito de

processos, tornando imperioso o conhecimento pelas quais foi decida a exemplo das decisões utilizado nos precedentes, gerando não só segurança, mas previsibilidade e confiança no ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

A consagração do princípio da segurança jurídica melhora a aplicação do direito e harmonização das relações sociais, nas sociedades politicamente organizadas, sendo de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais, além de proporcionar um ordenamento jurídico mais seguro, confiável e previsível.

O Estado brasileiro adota como ideologia o Estado Democrático de Direito, pautando nesses valores o enaltecimento do princípio da segurança jurídica. Contudo, em decorrência da crise ideológica, encontramos inúmeros obstáculos para efetivar a democracia e os direitos fundamentais a ela atrelados, indo contra os preceitos da segurança jurídica.

Com o intuito de aperfeiçoar a segurança jurídica, o CPC/2015 trouxe normas que permitem maior uniformização e estabilidade da jurisprudência, sem prejuízo de impor uma maior qualidade dos pronunciamentos (CPC/2015, art. 489, § 1).

Dentre os mecanismos de uniformização trazidos/aperfeiçoados pelo CPC/2015, há o IRDR, que visa trazer maior segurança jurídica e a inclusão jurisdicional a todos os cidadãos que necessitarem.

O IRDR guarda certa semelhança com a técnica *Group Litigation Order*, do direito inglês e *Musterverfahren* do direito alemão, que decidem os casos de questões idênticas de direito e podem vincular todo o Estado. Mas, não pode ser perdido de vista que o IRDR usa técnicas próprias dos precedentes utilizados no sistema da *common law*.

---

qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta (*rectius*, sobre a interpretação adequada para determinada questão de direito), até aí se terá o risco à isonomia e à segurança jurídica de que fala o art. 976, II. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum. Vol II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.580-581).

Nesse diapasão, tornou-se importante refletir sobre a necessidade da utilização dos mecanismos dos precedentes, com a finalidade de melhorar a segurança jurídica pretendida pelo IRDR.

Aliás, um destes mecanismos está na teoria do *stare decisis et non quieta movere*, isto é, mantenha a decisão e não mexa no que está quieto, respeitando os julgamentos já decididos, almejando maior segurança para os demais casos.

Para fundamentar, a necessidade da utilização dos mecanismos do precedente, buscou de forma simplificada a questão do *distinguishg*, o *overruling*, *ratio decidendi* e *obter dicta* e a importância de ater a estes institutos no julgamento do IRDR, em busca de maior segurança jurídica.

Outro mecanismo que auxilia no exame do maior número de argumentos sobre o tema é a participação do *amicus curie* ou mesmo das audiências públicas.

Todavia, para evitar a insegurança jurídica, os tribunais superiores (STF e STJ) devem ficar atentos para a existência de decisões opostas tomadas em IRDR, por tribunais de segundo grau. Nesse caso, uma alternativa será a instauração de recurso repetitivo em seu âmbito e a concessão de sobrestamento até que seja decidido sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011.

BUROCRACIA. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Burocracia>> . Acesso em 12 de outubro de 2015.

CIAMPAGLIA, Silvio. **Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

CHALITA, Gabriel. **Princípio da Segurança Jurídica**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

COSTA, Yandria Siendre Fonseca da. **A Suprema Corte Brasileira e sua composição: uma indicação unilateral**. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14609&revista\\_cade\\_rno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14609&revista_cade_rno=9)>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



MARINONI, Luis Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do Recurso diante do Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. Vol II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Visão histórica da Segurança Jurídica**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. Processo Civil Moderno. Volume 2 : Teoria Geral e Princípios Fundamentais dos Recursos**. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Nelson Junior. **Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo**. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed. 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança – A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica**. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

VIVEIROS, Estefânia. **O recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC**. In: O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Coordenador J.S.Fagundes Cunha. Editor Luiz Fernando de Queiroz – Curitiba: Bonijuris, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Novo Código de Processo Civil Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

# ECOLOGIA INTEGRAL E O BEM COMUM: EXIGÊNCIAS DA SOCIEDADE FRATERNA A PARTIR DA ENCÍCLICA *LAUDATO SI'*

Valéria Aurelina da Silva Leite<sup>1</sup>

Lafayette Pozzoli<sup>2</sup>

*O problema não é suprimir o interesse privado, mas purificá-lo e enobrecê-lo; prendê-lo em estruturas sociais orientadas para o bem comum, e também (eis aqui o ponto capital), transformá-lo interiormente pelo senso da comunhão e da amizade fraterna.*

Jacques Maritain

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”. Bacharel em Direito e em Administração pela Faculdade de Ciências Gerais de Dracena; especialista em Liderança pela Faculdade de Ciências Gerenciais de Dracena. Participante do Grupo de Pesquisa em Ética do Afeto (GPEA), cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq.

<sup>2</sup> Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade “La Sapienza”, Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi Professor Assistente no Curso de TGD, ministrado pelo Professor André Franco Montoro - Pós-Graduação PUC/SP. Publicou diversas obras, dentre elas: “Maritain e o Direito”, 2001 (Loyola); Ensaio sobre filosofia do direito - Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça. Coletânea organizada por Márcia Cristina de Souza Alvim e Lafayette Pozzoli, 2011, Educ/Fapesp. Líder do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq. e-mail: lafayette@lafayette.pro.br.

## INTRODUÇÃO

Após a eleição do argentino Mario Jorge Bergoglio para Papa em fevereiro de 2013, ele surpreendeu o mundo ao escolher para si o nome de Francisco inspirado na figura histórica de São Francisco de Assis. Ele mesmo diz que tomou o “seu nome por inspiração e guia no momento de minha eleição para bispo de Roma” (FRANCISCO, 2015, p. 14).

Então, esta inspiração e guia tornou-se visível com a publicação de suas duas primeiras cartas encíclicas. A primeira, *Evangelii Gaudium* (A alegria do Evangelho), dedicada às questões mais internas da Igreja Católica, porém referenciada pela preocupação franciscana da experiência comunitária, da opção pelos pobres, da fraternidade universal, do compromisso com as coisas novas e o despojamento dos interesses individualista em nome do bem comum.

Sua segunda Encíclica marca definitivamente a característica Franciscana de seu modo de ser e pensar lançando pilares para se falar em ecologia integral constituída pela fraternidade universal capaz de ver o mundo como casa comum de todos os seres humanos, sociedades, culturas, mas, também, de todos os seres vivos. Na *Laudato Si* (Louvado sejas), analisando os problemas enfrentados na grande casa comum, propõe a organização política, econômica e social nacional e internacional estruturada sobre a ecologia integral.

Neste trabalho será realizado um recorte crítico da Encíclica *Laudato Si* capitaneado pelo conceito de *Ecologia Integral* cujo conteúdo norteia todo o discurso realizado pelo Papa Francisco ao longo do documento e, ao mesmo tempo, serve de referência para as grandes discussões locais, nacionais e internacionais versando “sobre o cuidado da casa comum” como sugere o subtítulo da tradução portuguesa da obra ora utilizada.

A conclusão do artigo aponta como uma das saídas para o problema criado pelo ser humano com relação desregular do planeta o Estado de Solidariedade, cuja essência é dar eficácia à sociedade fraterna, como a invocada no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988.

## 1 SOBRE O CUIDADO DA CASA COMUM

O Pontífice expressa como objetivo do documento: “pretendo especialmente entrar em diálogo com todos acerca da nossa casa comum” (FRANCISCO, 2015, p. 10) buscando a ecologia integral cujo núcleo é a ecologia humana despertada pelo fato de que “a destruição do ambiente humano é um fato muito grave (FRANCISCO, 2015, p. 11)”. Todos devem estar “unidos por uma preocupação comum” quando a ameaça recai sobre os dois mais comuns de todos os bens: a vida e o planeta (FRANCISCO, 2015, pp. 12 – 14).

Sua ecologia, como a de Francisco de Assis, é integral porque como ele mesmo reconhece, assenta-se sobre a fraternidade universal do Cântico das Criaturas pelo qual tudo o que existe faz parte da mesma comunidade de irmãos. Dizia Francisco de Assis: “Louvado sejas, meu Senhor, pela nossa irmã, a mãe terra, que nos sustenta e governa e produz variados frutos com flores coloridas e verduras” (FRANCISCO, 2015, p. 9). O Cântico segue lembrando a relação fraterna entre todas as criaturas, transcrito abaixo na tradução do Papa (FRANCISCO, 2015, p. 57).

Louvado sejas, meu Senhor,  
com todas as suas criaturas,  
especialmente o meu senhor irmão sol,  
o que faz o dia e por ele nos alumia.  
E ele é belo e radiante com grande esplendor:  
De Ti, altíssimo, nos dá ele a imagem.  
Louvado sejas, meu Senhor,  
pela irmã lua e pelas estrelas,  
que no céu formaste claras, preciosas e belas.  
Louvado sejas, meu Senhor, pelo irmão vento  
pelo ar, pela nuvem, pelo sereno, e todo o tempo,  
com o qual, às tuas criaturas, dás o sustento.  
Louvado sejas, meu Senhor, pela irmã água,  
que é tão útil e humilde, e preciosa e casa.  
Louvado sejas, meu Senhor, pelo irmão fogo,  
Pelo qual iluminas a noite:  
Ele é belo e alegre, vigoroso e forte.

Em postura muito avançada em relação ao seu tempo e, percebendo a vida como o entrelaçamento de todas as criaturas, Francisco de Assis deixa claro que “todo o encarniçamento contra qualquer criatura é contrário à dignidade humana” (FRANCISCO, 2015, p. 59). Se a dignidade diz respeito à possibilidade de viver

plenamente a própria existência, todos os impedimentos da realização humana incidem em negação da mesma dignidade. Nada mais destruidor da dignidade que a destruição das condições planetárias de vida resultando em dificuldade para os viventes e, cada vez mais, impossibilitando o desenvolvimento da plenitude humana para todos.

Alguns, por recursos materiais, podem fugir temporariamente das consequências das destruições ambientais planetárias. Porém, a inviabilidade da vida e a precariedade dos recursos acabarão por atingir a todos. Assim, quem tem condições de contornar os problemas atuais é tão responsável pela preservação da vida quanto os já atingidos pelas catástrofes consequentes ao desenvolvimento econômico irresponsável de parcela da humanidade.

A preservação da vida constitui o elemento central do desenvolvimento do conhecimento, da economia, da industrialização, dos costumes. As ideias de desenvolvimento associam-se a de aperfeiçoamento da qualidade de vida. O discurso centraliza-se na importância do patrimônio comum a todos, maior de todos os bens comuns: a preservação e melhoria da qualidade de vida no Planeta terra. Ressalte-se que o “meio ambiente é um bem coletivo, patrimônio de toda a humanidade e responsabilidade de todos” (FRANCISCO, 2015, p. 61).

Portanto, trata-se de problema de todos. Segundo Francisco, “crentes e não crentes estão de acordo que a terra é, essencialmente, uma herança comum, cujos frutos devem beneficiar a todos” (FRANCISCO, 2015, p. 60). A questão não é essencialmente religiosa, mas política e econômica; não é estruturalmente local, mas internacional. Contudo, a religião também deve, como todas as instituições existentes, estimular a busca de saídas; mesmo sendo problema internacional, os países, nações e comunidades são chamados a colaborar para tornar efetivo qualquer discurso político ou jurídico que possibilite o desenvolvimento com sustentabilidade da vida.

O modelo de desenvolvimento econômico e industrial, iniciado com a modernidade e amadurecido com a revolução industrial, partia do princípio que o ser humano era o centro do universo. A própria revolução científica, especialmente com o *Novum organo*,<sup>3</sup> colocava a natureza em completa submissão ou servidão

<sup>3</sup> Cf. pensamento de Bacon, a nova construção do saber.

para satisfazer as infinitas necessidades do ser humano. A história tem provado aquilo que é base do direito processual no tocante à lide: que os interesses são infinitos, mas os bens, as energias, enfim, os recursos da natureza são finitos.

Então, vive-se hoje a crise do antropocentrismo moderno com todas as suas consequências. A humanidade inflada de necessidades e interesses consome mais do que o planeta suporta ou possa renovar (FRANCISCO, 2015, p. 73). O ser humano às duras penas vem aprendendo estabelecer relação fraterna com a natureza e o meio ambiente. Aos poucos migra da visão desenvolvimentista antropocêntrica conduzida pelos interesses econômicos para o desenvolvimento centrado na preservação da vida ecológica e não exclusivamente humana.

A crítica do antropocentrismo desordenado não deveria deixar em segundo plano também o valor das relações entre as pessoas. Se a crise ecológica é uma expressão ou uma manifestação externa da crise ética, cultural, espiritual da modernidade, não podemos iludir-nos de sanar a nossa relação com a natureza e o meio ambiente, sem curar todas as relações humanas fundamentais. (FRANCISCO, 2015, p. 75)

A crise ambiental mundial provoca uma preocupação do pontífice em buscar resposta satisfatória para o futuro do planeta cuja consequência diz respeito ao futuro da humanidade. Contudo a resposta foge à estreiteza, de um lado, do ambientalismo centrado na flora, na fauna e nos recursos naturais; de outro, no humanismo que destaca o ser humano para fora do meio ambiente, como se fosse apenas o administrador da natureza e não parte integrante dela.

Em relação ao problema da preservação da vida pela busca de equilíbrio do meio ambiente, a resposta sugerida pelo Papa Francisco passa pela ecologia humana fundamentada no seguinte elemento condutor: a solidariedade de todos diante do bem comum. E o mais comum de todos os bens é o conjunto da vida na qual o ser humano está inserido não individualmente, mas enquanto espécie consciente de seu papel seja enquanto responsável por parte do processo de aceleração do desequilíbrio ambiental, seja enquanto sujeito para encontrar novas saídas.

Papa Francisco denomina este modo de compreender pela expressão *Ecologia Integral*. E, ao reclamar em favor da ecologia

integral, o Papa adverte que “o urgente desafio de proteger a nossa casa comum inclui a preocupação de unir toda a família humana na busca de um desenvolvimento sustentável e integral”. Segundo ele, esta preocupação comum característica do espírito da fraternidade universal assegura a mudança das coisas para melhor (FRANCISCO, 2015, p. 16).

## 2 UMA ECOLOGIA INTEGRAL

A ecologia integral inclui como parte do ambiente vital tudo o que existe na natureza e na cultura. As dimensões natural, social e humana da vida entrelaçam numa mesma realidade vivida por todos na mesma pátria comum: o Planeta Terra. Apresenta-se aqui o mais comum de todos os bens da humanidade: o patrimônio natural e, com ele, a própria vida humana considerada individualmente, mas também pensada do ponto de vista da sobrevivência da espécie no futuro.

Esta na essência da ecologia buscar mecanismos para compreender a vida e propor mecanismos para preservá-la. Por isto, o Papa faz a seguinte definição:

A ecologia estuda as relações entre os organismos vivos e o meio ambiente onde se desenvolvem. E isto exige que se pare para pensar e discutir acerca das condições de vida e de sobrevivência de uma sociedade, com a honestidade de pôr em questão modelos de desenvolvimento produção e consumo. (FRANCISCO, 2015, p. 85)

Do ponto de vista ecológico integral tudo está relacionado implicando em soluções complexas para os problemas graves enfrentados pela humanidade para a gestão atual dos recursos a fim de oferecer qualidade de vida para todos e assegurar a continuidade da vida legando para as futuras gerações condições mais favoráveis que as atuais.

Para ele,

Dado que tudo está intimamente relacionado e que os problemas atuais requerem um olhar que leve em conta todos os aspectos da crise mundial, proponho que nos detenhamos agora a refletir sobre os diferentes elementos de uma *ecologia integral* que inclua claramente as dimensões humanas e sociais. (FRANCISCO, 2015, p. 85)

A ecologia integral abriga em seu interior outras dimensões ecológicas. Ao mesmo tempo alcança o meio ambiente, a vida social e as condições humanas por meio, respectivamente, da ecologia ambiental, da ecologia cultural/social e da ecologia humana. Negligenciar quaisquer das perspectivas ecológicas coloca em risco toda a estrutura da vida. Ao mesmo tempo, trazer para o centro da atenção o sério problema da preservação ambiental sem considerar as dimensões humanas e sociais empobrece o esforço dedicado.

## 2.1 ECOLOGIA AMBIENTAL

A primeira dimensão é a da ecologia ambiental referente a todas as criaturas existentes na natureza enquanto parte da vida em movimento do Planeta Azul girando em torno de si e em torno do Sol dependente de energias para sobreviver. O fim das energias implica o fim da vida. A hospitalidade biológica oferecida pelo planeta resulta da disponibilidade de recursos para alimentar e de clima favorável para preservar a vida. Tais recursos e climas são patrimônios comuns.

Quando se pensa o Meio Ambiente inclui-se a ser humano e as culturas por ele desenvolvidas. Assim, o meio ambiente envolve tanto a relação natureza – natureza, quanto a interação entre natureza e sociedade. Assim, o Papa Francisco alerta:

Quando falamos de “meio ambiente”, fazemos referência também a uma particular relação: a relação entre a natureza e a sociedade que a habita. Isto impede-nos de considerar a natureza como algo separado de nós ou como uma mera moldura de nossa vida. (FRANCISCO, 2015, p. 86)

Fica claro que nesta primeira dimensão não se separa a vida social humana da natureza em geral. O mesmo sol, água, luz, terra, energias, alimenta os seres vivos em geral, inclusive o ser humano. A natureza não é moldura para a sociedade, ao contrário, a sociedade faz parte do meio ambiente. Portanto, na ecologia ambiental não se pode fazer a ruptura entre o mundo construído pelos seres humanos e a vida humana do contexto natural em que se insere. A relação entre a ecologia ambiental e a ecologia cultural/social reflete sobre o ecossistema que dá suporte à vida (FRANCISCO, 2015, p. 86-87).



O maior desafio político e econômico da sociedade consiste em manter as condições de vida no Planeta a curto, médio e longo prazo. A preservação da vida depende da consciência ecológica das pessoas e a sobrevivência do ser humano depende da preservação da vida. Assim, como advertem Leite e Silva Neto,

ao colocar em discussão problema do Meio Ambiente no contexto da solidariedade no Direito Ambiental não se pode perder de vista que o humano é peça central na busca de melhor qualidade de vida. O conjunto do meio ambiente poderá gozar de maior consciência de preservação da vida na medida em que o ambiente da vida humana torna-se provedor de um modo solidário de viver. (LEITE e SILVA NETO, 2015, p. 140).

Dada a centralidade e a importância do Meio Ambiente, incluindo nele os seres humanos, muitos esforços têm sido despendidos no mundo inteiro e muitos encontros, protocolos, cartas e exigências internacionais provocam legislações nacionais voltadas para a proteção e preservação da vida. Todos os esforços internacionais e nacionais quedaram inúteis sem a tomada de consciência de que a humanidade integra o ambiente planetário da vida e da boa conservação deste depende o futuro da natureza e dos seres humanos.

Destaque-se, portanto, que o bem comum mais comum de todos é o Meio Ambiente no qual a vida se desenvolve. Todo o vasto patrimônio de riquezas e energias naturais são bens comuns a todos, pois deles dependem a vida de todos e o futuro da própria humanidade.

## 2.2 ECOLOGIA CULTURAL/SOCIAL

A segunda dimensão da ecologia integral trata da ecologia cultural/social. Isto é, o modelo de vida adotado constitui uma forma de ambiente. A vivência da cultura gera ambiente determinado por ideias, valores e princípios. A cultura é ao mesmo tempo o ambiente no qual ser humano se insere e o ambiente que ele vai transformando. Ela é o ambiente construído ou transformado pela intervenção humana. Literalmente, trata-se do *oikós*, a casa, por sua vez, construída pelos seres humanos em virtude de seus interesses e

necessidades. O que ocorre é que o interesse e necessidade de alguns justifiquem a destruição do ambiente vital para todos.

Em sua primeira Encíclica, Francisco definiu o que entende por cultura:

A cultura é algo de dinâmico, que um povo recria constantemente, e cada geração transmite à seguinte um conjunto de atitudes relativas às diversas situações existenciais, que esta nova geração deve reelaborar em face dos próprios desafios. (FRANCISCO, 2013, p. 78).

A própria sociedade é ambiente meio para a realização da vida humana. Este ambiente forma-se pelas instituições locais ou internacionais com suas relações políticas e econômicas; com suas disputas por bens, riquezas, energias e territórios. Do ambiente social depende boa parte da qualidade de vida humana. Os homens e as mulheres não vivem na natureza bruta, mas em ambientes nos quais os elementos naturais são modificados em virtude de aperfeiçoar a qualidade de vida das pessoas. São enormes contradições transformações voltadas para dar qualidade à vida, mas que em vista da destruição do patrimônio natural ameaça o conjunto da vida.

O modo como a sociedade se organiza têm efeitos diretos sobre o ambiente natural e a qualidade de vida humana.

Se tudo está relacionado, também o estado de saúde das instituições de uma sociedade tem consequências no ambiente e na qualidade de vida humana [...]. Neste sentido, a ecologia social é necessariamente institucional e progressivamente alcança as diferentes dimensões, que vão desde o grupo social primário, a família, até a vida internacional, passando pela comunidade local e a nação. (FRANCISCO, 2015, p. 87 - 88)

No ambiente social desenvolve-se a *ecologia da vida cotidiana* possibilitando afirmação ou negação da dignidade da pessoa humana consistente no pleno desenvolvimento de suas capacidades. O progresso da sociedade não pode implicar no comprometimento de sua existência futura. O modelo de sociedade é elemento essencial para assegurar a disponibilidade das energias vitais, distribuir os bens assegurando condição plena de vida a todos e garantir a continuidade para as futuras gerações.

Para se poder falar de autêntico progresso, será preciso verificar que se produza uma melhoria global na qualidade de vida humana: isto implicar analisar o espaço onde as pessoas transcorrem a sua existência. (FRANCISCO, 2015, p. 90).

Portanto dentro do contexto cultural a ecologia integral demanda modelo econômico e social adequado para a “melhoria na qualidade de vida humana” e, para isto, qualidade do ambiente criado artificialmente para o ser humano em virtude do modelo cultural adotado. “Por isso, é necessária uma ecologia econômica, capaz de induzir a considerar a realidade de forma mais ampla” A relação entre a ecologia ambiental e a ecologia cultural/social reflete sobre o ecossistema que dá suporte à vida. (FRANCISCO, 2015, p. 87). O modelo econômico contextualiza-se em determinada concepção cultural.

A qualidade das estruturas urbanas e rurais corresponde à qualidade de vida proporcionada às pessoas que ali vivem. Há uma relação direta entre “os espaços urbanizados e o comportamento humano”. (FRANCISCO, 2015, p. 91).

A ecologia integral não suporta a cultura consumista para a qual a pessoa humana desprovê-se da compreensão da finitude dos bens e energias naturais. Não cabe também o individualismo cego para as necessidades alheias e voltado somente para as preocupações do microsistema ambiental no qual o sujeito está situado, alienando-se do sistema planetário pelo qual os problemas intensificados num ponto do globo acabarão refletindo para todos.

As exigências da ecologia cultural demandam nova postura das pessoas, uma marca pelos compromissos com a comunidade própria da dimensão fraterna da vida humana. Esta fraternidade constitui “motor do comportamento, da ação dos homens”, marcada pela “ideia dos deveres que todos ser humano tem para com a comunidade” (AQUINO, 2008, p. 133). Como alertam Leite e Silva Neto,

(...) neste tempo e espaço culturalmente determinados urge a necessidade de que o ser humano se faça agente de fraternidade pela qual cada indivíduo trabalha em favor do bem comum. (LEITE e SILVA NETO, 2015, p. 142).

Todo o agir e o fazer humano precisam de adequação às necessidades de culturas asseguradoras da continuidade da vida. Se o ambiente cultural surge na necessidade de transformar as riquezas naturais e aproveitar as energias disponíveis no planeta com a finalidade de dar qualidade à vida humana, não pode, em vista dos excessos, transformar o agir e o fazer em armas de destruição da fonte comum da vida: o meio ambiente ecológico.

### 2.3 A ECOLOGIA HUMANA

Para Francisco, a “ecologia humana é inseparável da noção de bem comum, princípio este que desempenha um papel central e unificador na ética social”. (FRANCISCO, 2015, p. 8) Citando Bento XVI, Francisco insiste na existência de uma ecologia humana. “O ser humano está sempre culturalmente situado: ‘natureza e cultura encontram-se intimamente ligadas’” (FRANCISCO, 2013, p. 74).

Esta ecologia humana decorre do fato de que “também o homem possui uma natureza que deve respeitar e não pode manipular como lhe apetece”. O ser humano integra-se à natureza e tem todos os benefícios e malefícios consequentes ao tipo de relacionamento estabelecido. “Nesta linha, é preciso reconhecer que o nosso corpo nos põe em relação direta com o meio ambiente e com os outros seres vivos”. Por fim, não se pode perder de vista que “a relação entre a ecologia ambiental e a ecologia social reflete sobre o ecossistema que dá suporte à vida”. (FRANCISCO, 2015, p. 89)

Na ecologia humana exige-se a cultura da inclusão e da solidariedade e não do descarte. Isto porque nas estruturas políticas, econômicas e sociais despreocupadas com a marginalização o ser humano se torna descartável e passa a ser considerado um bem de consumo “que se pode usar e depois jogar fora” passando a existir sobras humanas espalhadas por todos os tipos de periferia do mundo (FRANCISCO, 2013, p. 40). Se não conta a vida humana, muito menos a da natureza.

## 3 O BEM COMUM, O BEM DE TODOS

A busca da organização da vida política e da estruturação das sociedades em torno de regras, tem sua origem na preocupação com o bem comum. Talvez a melhor tradução ou sinônimo vernáculo para o termo República seja o conceito de comunidade. A organização

política e jurídica orienta-se para transformar os jurisdicionados numa grande comunidade. Como bem ensina Pozzoli, ao estudar o pensamento de Maritain sobre o bem comum:

Considerando a sociedade humana comunitária, seu fim é o *bem comum*. Conceito-chave da doutrina social tomista aprofundado por Maritain. Esse bem comum é diferente da simples soma dos bens individuais e superior aos interesses da pessoa como indivíduo, enquanto parte do todo social. Essencialmente, ele é a íntegra da humanidade reunida, de um todo composto de pessoas humanas, ou seja, ao mesmo tempo material e moral. (POZZOLI, 2001, p. 87)

Considerando desta forma, o maior de todos os bens da convivência e dos empreendimentos humanos é o *bem-viver*, como resume Maritain:

O bem comum da cidade é sua comunhão no *bem-viver*; é, pois, comum a todas as partes, quero dizer as partes como todas elas próprias, porquanto a noção mesma de pessoa significa totalidade; é comum ao todo e às partes, sobre os quais ele transborda e as quais devem tirar proveito deles. (MARITAIN, 1967, p. 20)

Como consequência da ecologia integral emerge com força o princípio do bem comum. Citando a Constituição *Gaudium et spes*, do Concílio Vaticano II, Francisco lembra que bem comum é o “conjunto das condições da vida social que permitem, tanto aos grupos como a cada membro, alcançar mais plena e facilmente a própria perfeição” (FRANCISCO, 2015, p. 94). Isto porque as coisas mais necessárias para a qualidade e a preservação da vida presente e futura são patrimônios comuns da comunidade humana, mas também bens necessários para a preservação da totalidade do ambiente.

Nas condições atuais da sociedade mundial, onde há tantas desigualdades e são cada vez mais numerosas as pessoas descartadas, privadas dos direitos fundamentais, o princípio do bem comum torna-se imediatamente, como consequência lógica e inevitável, um apelo à solidariedade e uma opção preferencial pelos mais pobres. (FRANCISCO, 2015, p. 95)

## Na mesma linha de raciocínio ensina Lorenzo

Além da dignidade, o bem comum resulta da unidade e da igualdade das pessoas e relaciona todos os aspectos da vida social. Como dito, não é a soma de bens individuais, mas é o bem de todos e de cada um. De natureza indivisível requer um esforço comum para sua realização e manutenção. Ele se realiza no tempo e no espaço é o fim da vida social. (LORENZO, 2010, p. 70)

Refletindo sobre o pensamento de Maritain, Lorenzo diz ainda que: “o bem comum tem consequências maiores que o bem-estar público, pois é, por natureza, a boa vida humana da multidão, sendo comum tanto ao todo quanto as partes” (LORENZO, 2010, p. 70). Isto porque, para ele, o “princípio do bem comum é o princípio personalista da justiça política e decorre imediatamente do princípio da dignidade da pessoa humana” (LORENZO, 2010, p. 67).

Ao fazer a introdução à publicação, no Brasil, da Encíclica *Mater et Magistra*, Alceu Amoroso Lima ensina que “os grandes valores sociais (...) é que constituem a essência do Bem Comum” (LIMA, 1963, p. 37). Sendo a vivência destes valores, tais como a virtude, o trabalho, a justiça, a liberdade, a autoridade da lei, cada um devidamente situado dentro do contexto social, que permitirá a existência de “uma sociedade autenticamente humana, sem a exploração do ser humano pelo ser humano ou pelo Estado ou por uma classe ou por um partido, qualquer que seja” (LIMA, 1963, p. 37).

É neste sentido que o bem comum na sociedade é o bem comum de todos, abrangendo o ser humano na sua existência, sem esquecer as gerações futuras como será melhor analisado na sequência.

## **4 BEM COMUM, JUSTIÇA INTERGERACIONAL E SOCIEDADE FRATERNA**

O bem comum diz respeito ao ambiente do presente e do futuro. Não se trata somente do uso comum dos bens existente. Isto porque o maior de todos os bens comuns é a vida e sua preservação. O bem comum não exige identidade de valores culturais ou os mesmos objetivos para todos os membros da comunidade local ou, no caso da ecologia integral, internacional. Porém, nas palavras de

Lorenzo, que aqui se concorda parcialmente, “ele é o lugar comum de bens próprios da natureza humana, bens individuais comuns a todas as pessoas” (LORENZO, 2010, p. 71).

Anteriormente, Câmara propunha que “a ideia de bem comum refere-se à existência humana e diz respeito à vida do homem em sociedade”. Isto porque para Maria Helena Câmara “a única realidade na sociedade são os indivíduos, e o todo formado pelo conjunto destes indivíduos” (Câmara, 1994, p. 297). O bem comum é a força motriz da felicidade humana e da plena realização dos seres humanos dentro da vida social.

Na forma de pensar de Francisco, concorda-se parcialmente com o posicionamento de Lorenzo e de Câmara, porque no caso da ecologia integral os bens comuns não atingem somente os bens próprios da natureza humana, mas todos aqueles necessários para a conservação e manutenção presente e futura da sustentabilidade da vida.

Entende-se que

a noção de bem comum engloba também as gerações futuras. As crises econômicas internacionais mostraram, de forma atroz, os efeitos nocivos que traz consigo o desconhecimento de um destino comum, do qual não podem ser excluídos aqueles que virão depois de nós. (FRANCISCO, 2015, p. 95)

A sustentabilidade da vida faz parte da obrigação comum de todos. Então, o desenvolvimento econômico e a busca de utilidades e facilidades condiciona-se a permanente preservação do ambiente integral enquanto herança para as futuras gerações. Então, “já não se pode falar de desenvolvimento sustentável sem uma solidariedade intergeracional” (FRANCISCO, 2015, p. 95 – 96).

Esta solidariedade destaca o papel do princípio da fraternidade na organização da vida humana e social. O destino comum de todos depende do modo como o mundo se organiza economicamente, e esta organização deve garantir a liberdade econômica de todos, desde que não se despreze os impactos das decisões e investimentos no futuro da vida do planeta. Assim,

o princípio da fraternidade assume papel central na vida humana, pois a sociedade fraterna também é solidária. É princípio de organização social, ao permitir que os diferentes sejam semelhantes, garantindo lhes liberdade de atuação na esfera econômica da sociedade. (SOUZA, 2012, p. 88)

Mas para se alcançar a solidariedade intergeracional, Francisco menciona o clamor de Bento XVI na Jornada mundial da Paz de 2010: “para além de uma solidariedade entre as gerações, há que reafirmar a urgente necessidade moral de uma renovada solidariedade entre os indivíduos da mesma geração” (BENTO XVI, apud FRANCISCO, 2015, p. 9). Desta forma, a justiça intergeracional exige a entrega do meio ambiente da vida para as futuras gerações, no mínimo, como se recebeu das anteriores e, idealmente, melhorada para que os homens e mulheres do futuro tenham o ambiente e a cultura preparados para a realização do respeito pleno à dignidade humana, ambiente propício para uma sociedade fraterna.

## 5 GRAVIDADE DO PROBLEMA X FRATERNIDADE

No estágio atual de degradação ambiental com visíveis consequências climática e impacto global e local com consequências econômicas, sociais e humanas catastróficas, a questão da ecologia integral passa a ser problema de todos os povos e em todos os âmbitos da organização da sociedade e estruturas políticas. O problema é muito grave e as soluções marcadas por fragilidades em consequência de visões economicistas que privilegiam vantagens competitivas de setores da economia ou de países colocando o planeta e, com ele, a humanidade num caminho arriscado de sustento da vida.

Desde meados do século passado e superando muitas dificuldades, foi se consolidando a tendência de conceber o planeta como pátria e a humanidade como povo que habita uma casa comum. Um mundo interdependente não significa unicamente compreender que as consequências danosas dos estilos de vida, produção e consumo afetam a todos, mas principalmente procurar que as soluções sejam propostas a partir de uma perspectiva global e não apenas para defesa dos interesses de alguns países. A interdependência obriga-nos a pensar *num único mundo, num projeto comum*. (FRANCISCO, 2015, p. 99)



A dependência de combustíveis fósseis e a destruição de parte da vegetação do planeta por meio de fogo criam, pela concentração de CO<sup>2</sup>,<sup>4</sup> condições de aceleração do processo de aquecimento global cujos efeitos são sentidos em muitos locais e atividades do planeta. O derretimento de geleiras, o aumento do nível do mar, o crescimento da desertificação, a crescente demanda por energias não renováveis, indicam para o esgotamento das fontes de vida e para tempos de dificuldade na relação entre o ser humano e a natureza. Contudo, sendo parte dela, ele não terá como fugir das consequências. Souza demonstra muito bem tal situação:

O domínio egoísta do homem sobre a natureza trouxe consequências nefastas: o efeito estufa (aquecimento do planeta pelo acúmulo de dióxido de carbono na atmosfera), a fusão da calota glacial e a elevação do nível dos oceanos; a destruição da camada de ozônio (nossa proteção contra raios ultravioletas); a depredação das florestas, com consequências para o clima; a deterioração do solo; a destruição de inúmeras espécies animais e vegetais; a poluição dos rios e oceanos pelos detritos químicos e de esgotos; a poluição das cidades pelo escapamento de gases dos motores; o acúmulo de restos radioativos, com risco de alcançarem o mar. (SOUZA, 2012, p. 77).

Alguns esforços são feitos: Cúpula da Terra na “Rio 92”, com a Carta da Terra; o Protocolo de Kyoto e os compromissos internacionais por uma agenda voltada ao controle do CO<sup>2</sup>, entre outros. Contudo o resultado disto nas regulamentações nacionais e, especialmente no comportamento cultural e econômico dos seres humanos permanece pouco significativo. Esta insuficiência de regulamentações internacionais decorre de estruturas políticas e econômicas desprovidas da solidariedade entre as nações (FRANCISCO, 2015, p. 100 - 102).

Enquanto a evolução tecnológica a serviço do desenvolvimento econômico não transformar em prática a definição da Cúpula da Terra de que “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas ao desenvolvimento sustentável” (FRANCISCO, 2015, p. 100 - 102) os grandes problemas do planeta continuaram tendo palco para busca de soluções como no que diz respeito ao aquecimento global. É neste sentido que aconteceu a 21<sup>a</sup>

<sup>4</sup> O dióxido de carbono, também conhecido como gás carbônico, é uma substância química formada por dois átomos de oxigênio e um de carbono. Sua fórmula química é CO<sup>2</sup>.

Conferência do Clima (COP 21) realizada em dezembro de 2015, em Paris, e teve como principal objetivo costurar um novo acordo entre as nações para diminuir a emissão de gases de efeito estufa, diminuindo o aquecimento global e em consequência limitar o aumento da temperatura global em 2°C até 2100. Foram mais de duas semanas de intensas negociações em Paris, com tudo acompanhado pela imprensa mundial, que a COP 21, da ONU, aprovou um acordo histórico. “Quase 200 países assinaram o documento, que impõe um limite ao aquecimento global. O acordo de Paris representa uma virada no mundo em uma direção mais sustentável.”<sup>5</sup>

É seguinte esta linha de pensamento que o Papa Francisco afirmou a importância de se buscar uma ecologia integral:

[...] compete à política e às várias associações um esforço de formação das consciências da população. [...] Tendo em conta o muito que está em jogo, do mesmo modo que são necessárias instituições dotadas de poder para punir os danos ambientais, também nós precisamos nos controlar e educar uns aos outros. (FRANCISCO, 2015, p. 124)

Por certo o problema não é só de regulamentação internacional e nacional e de respeito aos acordos, tratados, convenções e protocolos. O procedimento fundamental exige conjunturas marcadas por comportamentos humanos conduzidos pela solidariedade ambiental, cultural e humana.

Ao mesmo tempo, se se quer conseguir mudanças profundas, é preciso ter presente que os modelos de pensamento influem realmente nos comportamentos. A educação será ineficaz, e os esforços serão estéreis, se não se preocupar também em difundir um novo modelo relativo ao ser humano, à vida, à sociedade e à relação com a natureza. Caso contrário, continuará a perdurar o modelo consumista, transmitido pelos meios de comunicação social e através dos mecanismos eficazes do mercado. (FRANCISCO, 2015, p. 125)

As verdadeiras soluções passam pela construção de uma política internacional baseada na fraternidade. “A ideia de

<sup>5</sup> Cf. link <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/12/conferencia-do-clima-da-onu-em-paris-termina-com-acordo-historico.html>, acessado em 04/01/2016.

fraternidade, portanto, tem a capacidade de propor um *modelo de atuação* concreto e, ao mesmo tempo, de construir um *método de análise já no momento*” tanto para o momento presente como para as perspectivas futuras. (BUONOMO, 2008, p. 165). Da aceitação da fraternidade como princípio orientador das condutas e das políticas em plano local e internacional decorre o mecanismo essencial para inserir no centro das preocupações a busca pelo bem comum.

## 6 O BEM COMUM COMO EXIGÊNCIA DA SOCIEDADE FRATERNA

Maria Helena Câmara já acenava para a necessidade de solidariedade na relação entre o Estado e as pessoas, os indivíduos, lembrando que isto tem raízes no pensamento cristão. Por meio deste modo de se compreender a política o Estado está a serviço “dos interesses da pessoa”; não sendo possível lesar o estado sem causar dano, simultaneamente, a pessoa. Por meio deste modelo “acontece a solidariedade entre um e o outro, e, estando o Estado a serviço da pessoa, não se pode atingir um sem atingir o outro” (CÂMARA, 1994, 300).

Continua-se com o pensamento da autora tecendo considerações sobre o tema:

Assim, o bem comum pode ser visto como um ideal de convivência. Mas um ideal de convivência humana que, transcendendo a busca do bem-estar possa construir uma sociedade onde todos os homens, e cada um, tenham condições de plena realização de suas potencialidades como pessoa, e de conscientização e prática de valores, que possibilite a realização dos fins humanos. (CÂMARA, 1994, p. 301).

A ecologia integral enfrenta problemas cuja solução passa pela consideração do ambiente planetário como bem comum e preocupação ao mesmo tempo de todos e de cada pessoa humana. Portanto, exige a organização das pessoas, das culturas e dos Estados a partir da solidariedade da construção de uma sociedade fraterna extensiva à comunidade de nações. Não confundindo a solidariedade eventual diante de demandas que exigem a caridade humana com a solidariedade da nova postura exigida em vista da sustentabilidade da vida.

Como diz Francisco, em sua primeira obra como Papa para apresentar ao mundo sua visão de Igreja:

Embora um pouco desgastada e, por vezes, até mal interpretada, a palavra 'solidariedade' significa muito mais do que alguns atos esporádicos de generosidade; supõe a criação de uma nova mentalidade que pense em termos de comunidade, de prioridade da vida de todos sobre a apropriação dos bens por parte de alguns. (FRANCISCO, 2014, p. 26)

O Estado preocupado com a dignidade humana e, para alcançá-la, com o bem comum, tem como modelo de estrutura política a democracia centrada na pessoa, seja no ambiente doméstico da organização do Estado seja no intercâmbio com as demais nações. A exigência da *sociedade fraterna* no contexto preambular da Constituição Brasileira de 1988 passa a ter significado muito importante. A solidariedade como mentalidade, como paradigma da organização social permite garantir o mínimo de distribuição dos bens existentes na casa comum, o Planeta Terra.

É a felicidade o primeiro e o último fim da pessoa humana e da vida social. A vida feliz dos membros da sociedade e cidadãos do Estado de Solidariedade é o termômetro para verificar se a justiça está sendo realizada. A vida infeliz, enquanto insuficiência de bens intermediários e hipossuficiência para a própria sobrevivência, mostra que há algo errado na organização do Estado e com o hábito das pessoas. A compreensão da ecologia integral conduz para a exigência de uma sociedade centrada na busca da fraternidade colocando como referencial para a organização política o conceito de comunidade.

A justiça que produz a felicidade efetiva decorre da virtude. E esta, por sua vez, depende de hábitos de solidariedade. Entre a mesa farta e a falta do pão balança o pêndulo da justiça social e entre a sustentabilidade da vida e sua ameaça ou destruição está o termômetro da ecologia integral incluída como preocupação no ordenamento. Por este motivo todos os grandes valores sociais e humanos são colocados no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 como exigências preliminares da sociedade fraterna. Isto porque o ambiente humano verdadeiramente comunitário consiste naquele em que uns se preocupam com as condições de vida dos outros.

Com a ecologia integral apresentada pelo Papa Francisco, a sociedade fraterna insere-se no contexto do ambiente fraterno cujos vínculos de solidariedade extrapolam as relações humanas e sociais e alcançam o modo como o ser humano trata e convive com a natureza. Portanto, a ecologia integral demanda condutas prontas para a fraternidade ambiental. Como cantado no Cântico das Criaturas todos são irmãos: irmão Sol, irmã Lua, irmã água, irmão ar, irmã flora, irmã fauna. Afinal, a natureza e a cultura proporcionam um grande encontro favorável à vida quando marcado pela consciência e atitude fraternal da comunidade humana. Trata-se da fraternidade integral pela qual ser humano e natureza relacionam-se sempre em favor da vida.

Desta forma, o bem comum é ao mesmo tempo a finalidade do Estado e o meio de viver e agir das pessoas. Há uma relação entre o todo e as partes. O bem comum encontra-se no bem-estar do todo e ao mesmo tempo de cada uma das partes. Não é o Estado que proporciona esta condição de felicidade, mas os próprios concidadãos o fazem, especialmente ao colocar em prática a regra de ouro: “tudo quanto queiram que lhes façam os homens, fazei também vós a eles” (Mateus 7, 12). Em consonância com as exigências da fraternidade, cada um solidariza-se com os demais e com a natureza.

No entendimento de Alceu Amoroso Lima,

a alma do Bem Comum é a Solidariedade. E a Solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, e não apenas aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva dessa natureza *naturaliter socialis* do ser humano. (LIMA, 1963, p. 37)

O norte que direciona a organização do Estado e a existência da sociedade é a vida humana. De modo especial, serve como fundamento de toda existência política e social a dignidade da vida. Alcançar a dignidade corresponde encontrar o pleno bem-estar, isto é, a autossuficiência dos bens necessários para a vida digna. Como consequência, torna-se necessário o grande abraço fraterno entre a irmã natureza e a irmã cultura, pois sem as riquezas e energias da natureza a cultura deixa de existir; junte-se a isto o encontro fraterno da comunidade humana.

Alguns recortes da literatura indicam a centralidade do bem humano, do bem comum enquanto felicidade absoluta dos seres humanos. Para Aristóteles, o ser humano caracteriza-se como animal comunitário (*Zóon Politikon*) e na vida comunitária está sua realização. Para ele, o fim último de tudo é o bem humano, aquilo para o qual todas as coisas tendem.

Somente, considerando a pessoa humana, é possível entender o bem comum, isto é, “só a partir da pessoa humana o bem comum se torna inteligível”. Portanto, o bem comum é a “boa vida humana da multidão, sendo comum tanto ao todo quanto às partes” (LORENZO, 2010, p. 71). Trata-se do direito que todos têm de viver bem, ter o suficiente para viver com dignidade.

Na visão de Karol Wojtyła, “o bem comum se há de preferir ao bem privado”, pois há uma “correlação entre o bem da pessoa e o bem comum”. Quando se destaca o privado em detrimento do bem comum corre-se o risco de se estimular as desigualdades e se instalar a infelicidade na vida das pessoas. E uma sociedade de infelizes pode indicar que se trata de uma sociedade injusta (LORENZO, 2010, p. 72). Seria absurdo afirmar que “a economia vai bem; mas o povo vai mal”. Nada vai bem se a pessoa humana vai mal.

Para uma maior compreensão do sentido do bem comum, é possível identificar três esferas de bem comum: o doméstico, o social e o político. Estas esferas se relacionam para proporcionar o bem-estar das pessoas e da vida social. A relação destas esferas é orientada por três princípios: subsidiariedade, competência e solidariedade. Pela subsidiariedade cada esfera assume para si a responsabilidade de construir o bem-estar, sendo este o objetivo último da ordem política que tem com fim a felicidade. Pela competência, cada esfera possui suas próprias responsabilidades sem perder de vista que não há bem comum, se o mal comum ou pessoal prevalecer no político, no social ou no doméstico. Pela solidariedade se entende que a comunidade política é o espaço originado pela necessidade de se viver bem (LORENZO, 2010, p. 76 – 79).

Seguindo semelhante raciocínio, Lima ensina que:

Essa doutrina *solidarística* foi formulada, pela primeira vez em 1904. Mas em mais de meio século de crises, guerras e revoluções sociais, exposta ao jogo dos acontecimentos, só se consolidou como sendo a única capaz de resolver, com o mínimo de sofrimento, de miséria, de morte, de violência, a passagem de uma civilização dividida pelo ódio e pelo *isolamento existencial*, a uma civilização baseada na transição da coexistência à convivência. (LIMA, 1963, p. 39)

E para se viver bem se requer ambiente integralmente saudável. O bem comum proclama a “primazia do homem sobre a sociedade, mas, ao mesmo tempo, acentua a natureza social do homem” (Lima, 1963, p. 40). O bem comum decorre da sociabilidade humana marcada pela aproximação humanística consequente a compreensão de que todos convivem no mesmo ambiente local ou planetário.

Segundo Silva e Iribure Júnior:

A sociabilidade é, assim, uma das propriedades essenciais do ser humano. Faz parte da natureza ser sócio, estar junto ao outro e com ele, em função de si mesmo e do outro, construir sua existência. (SILVA e IRIBURE JÚNIOR, 2006, p. 735).

Como já ensinara Lima, as exigências do bem comum por meio da solidariedade leva o humano a ir além da existência coetânea com os outros seres humanos, levando à convivência. Os seres humanos não só existem ao mesmo tempo, mas convivem, vivem uns com os outros (LIMA, 1963, p. 32 – 35). Portanto, o bem comum demanda a comunidade política solidária entre aqueles que constroem a vida social local e planetária.

Neste sentido, a noção de fraternidade se desdobra na necessidade da proteção atual da dignidade da pessoa humana e na preocupação com a sustentabilidade da vida. Afinal, sem vida não há cultura nem sociedade. Tem razão Aquino ao afirmar que:

No quadro da reciprocidade, a relação fraternal contribuirá para repensar o caminho de desenvolvimento do sujeito institucional ou economicamente mais dotado, buscando, por exemplo, percursos de desenvolvimento que levem em conta a sustentabilidade global e as responsabilidades maiores que ela implica. (AQUINI, 2008, p. 151)

Enfim, a prática do princípio jurídico da fraternidade, interligando as ações sustentáveis, visa manter um equilíbrio na sociedade quanto ao bem comum. Instrumento que contribui para o acesso de todos aos direitos fundamentais, solidificando a consciência sobre o cuidado da casa comum.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de finalização vale consignar, como articulado no presente artigo, que é necessário checar se os objetivos do Estado vão ao encontro do respeito à dignidade da pessoa humana ou perpassa tão somente pela dimensão econômica. Pode parecer ironia, mas desenvolver um processo de conscientização educacional – a longo prazo – pode ficar muito mais caro, ao menos no seu início, do que implementar uma política pública como as ações afirmativas que possam todos os cidadãos participarem da preservação da casa comum.

Por derradeiro, com os ensinamentos do Papa Francisco refletido ao longo deste estudo, o bem comum ultrapassa a convivência humana e exige, pela ecologia integral, a plena solidariedade entre os seres humanos com seus respectivos ambientes. Uma solidariedade que deverá ser condição para a continuidade da vida e para a felicidade das pessoas, considerando esta como sinônimo de vida realizada com boas condições de existência e com o respeito à dignidade da pessoa humana. A sociedade fraterna precisa ser fraternal inclusive com a natureza a fim de que a dignidade da pessoa humana tenha eficácia hoje e seja sempre preservada com a vida o mais comum de todos os bens existentes no planeta.

### REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos humanos**. In: BAGGIO, Antonio Maria (organizador). *O Princípio Esquecido*, vol. 1. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. Tradução Aldo Vannucchi e outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Coordenação Geral Carlos Josaphat Pinto de Oliveira. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005. v. IV, parte II, seção I, questões 49 a 114.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



BUONOMO, Vicenzo. **Vínculos relacionais e o modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional**. In: BAGGIO, Antonio Maria (organizador). O Princípio Esquecido, vol. 2. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2009. pp. 151 - 193

CÂMARA, Maria Helena F. da. **Bem Comum**. In: Revista Forense, Vol. 327, julho – agosto – setembro, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANCISCO, Papa. **A Igreja da Misericórdia: minha visão para a Igreja**. São Paulo: Paralela, 2014.

\_\_\_\_\_. **Evangelii Gaudium – a alegria do Evangelho: sobre o anúncio do Evangelho no mundo atual**. São Paulo: Loyola; Paulus, 2013.

\_\_\_\_\_. **Laudato Si? - Louvado Sejas: sobre o cuidado da casa comum**. São Paulo: Loyola; Paulus, 2015.

GIACOIA Jr, Oswaldo. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. RICCI, Luiz Antonio Lopes. **Responsabilidade e Futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação**. São Paulo, Editora LibrerArs, 2015.

LEITE, Valéria Aurelina da Silva e SILVA NETO, José Leite da. **Ecologia integral: justiça e solidariedade no ambiente de trabalho**. In: LACERDA, Luana Pereira;

LEPARGNEUR, Hubert. **Democracia e Bem Comum**. In: Revista FIDES – Bem Comum. FIDES. São Paulo, 2004.

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches; POZZOLI, Lafayette. **Fraternidade e Sustentabilidade no Direito**. Curitiba – PR: Instituto Memória, Centro de Estudo da Contemporaneidade, 2015. pp. 125 – 147.

LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução**, In: JOÃO XXIII, Papa. **Mater et Magistra**, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1963.

LORENZO, Wambert Gomes DI. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1945.

\_\_\_\_\_. **Os direitos do homem e a lei natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. ALVIM, Márcia Cristina de Souza (Orgs.). **Ensaio sobre filosofia do direito – Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça**. Coletânea. São Paulo: Educ/Fapesp, 2011.

SANTOS, Fátima Ferreira Pinto dos. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a ressocialização do apenado**. Dissertação de Mestrado em Direito – Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília, 2008.

SILVA, Marcio Cesar Fontes e IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **Bem comum**. In: Revista dos Tribunais, ano 95, volume 843, janeiro de 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **A fraternidade como categoria jurídica no direito ambiental**. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. Direito humanos e fundamentais e doutrina social. 1. Ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **A educação do homem para o bem comum**. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. Direito e Educação: fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo, Letras Jurídicas, 2014.

# A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL E O MODELO PENAL-PSIQUIÁTRICO DO ASILAMENTO SOB A ÓTICA DA LEI 10.216/01

Letícia Gabriella Almeida<sup>1</sup>

Luiz Fernando Kazmierczak<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se caracteriza como Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a legislação infraconstitucional e, em especial, as normas penais, devem se comunicar com os princípios e direitos fundamentais assegurados pela Carta Maior.

No que tange ao portador de transtornos mentais, a legislação pátria prevê que a prática do injusto penal associada à constatação de periculosidade incide na aplicação da medida de segurança, sanção voltada aos indivíduos inimputáveis cujo caráter preventivo visa curar e ressocializar o indivíduo, tornando-o apto para a convivência social.

A referida sanção penal pode ser de duas espécies, restritiva ou detentiva. A última, objeto do presente estudo, determina o

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito. Também é Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho.

cumprimento da medida de segurança nos chamados Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou, na ausência destes, em estabelecimentos adequados com características similares. A prática implica na extensão dos princípios constitucionais da pena à medida de segurança, especialmente quando observadas as particularidades dos indivíduos submetidos a essa sanção penal.

Não obstante, em análise à realidade manicomial brasileira – demonstrada por meio de dados, relatórios, notícias regionais, entre outras fontes – constatou-se uma clara violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade, igualdade, individualização das sanções e humanidade, uma vez que o doente mental se submete a condições precárias, abandonado em locais despreparados e sem qualquer perspectiva de cura. Esse isolamento acaba por romper com laços familiares, afetivos e comunitários, conduzindo o “louco infrator” ao anonimato.

## **1 OS PRINCÍPIOS INERENTES À MEDIDA DE SEGURANÇA E OS DIREITOS DO INIMPUTÁVEL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O período da ditadura militar, caracterizado pela supressão de direitos e violação a valores essenciais do ser humano, resultou em um anseio coletivo por maiores garantias e pelo respeito à integridade física e psicológica da população. Neste contexto, a Carta de 1988 mostrou-se imprescindível na redemocratização do Brasil, mormente pela previsão expressa de direitos e garantias fundamentais.

Essa relação entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais é comprovada desde o início da leitura. A começar pelo preâmbulo, a Lei Maior evidencia que o Estado Brasileiro é, além de democrático,

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].

O Estado Democrático é reafirmado logo no primeiro dispositivo constitucional, acompanhado pelos “fundamentos” da

República Federativa do Brasil, entre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. Posteriormente, a Carta Magna ainda determina:

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

Os artigos 5º e 6º especificam, respectivamente, direitos e deveres individuais e coletivos e direitos sociais, entre os quais se destacam a inviolabilidade do direito à vida, o direito à igualdade, à saúde, a assistência aos desamparados e se evidencia o direito à vida digna. A dignidade humana ainda é citada no artigo 170, que dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Enfim, os artigos 226 §7º e 227 ressaltam a dignidade humana no seio da família, servindo como base no planejamento familiar e no cotidiano da criança e do adolescente.

Sob essa perspectiva, constata-se que, além de positivar diversos direitos fundamentais, o Estado Democrático instituído pela Constituição de 1988 atribui à preservação da dignidade da pessoa humana um valor essencial e inviolável, que constitui o fundamento jurídico das normas e confere legitimidade ao Estado, por meio da limitação de seus poderes em face da pessoa.<sup>3</sup> Acerca do tema:

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como

<sup>3</sup> SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito penal e a dignidade da pessoa humana *In Ensaio sobre Direitos fundamentais e Inclusão social*. Dirceu Pereira Siqueira e Henry Atique (org.). 1ª ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010. p. 375.

critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.<sup>4</sup>

Segundo Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a todo ser humano, cujo caráter é irrenunciável e inalienável<sup>5</sup>. Em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos”, o autor supõe que

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim [...]. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).<sup>6</sup>

Na filosofia kantiana, portanto, existindo alguma coisa cuja existência tenha um valor absoluto, um fim em si mesmo, nela estará o fundamento de um possível imperativo categórico, ou seja, uma lei prática.

Niklas Luhmann e Peter Haberle, em complemento, sustentam que o princípio ora em análise também possui uma dimensão histórico-cultural, sendo fruto da permanente tensão entre ciência, tecnologia e relações sociais. O reconhecimento desse aspecto não destoaria da concepção kantiana, mas a ela se agrega

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328.

<sup>5</sup> CARDOSO, FRANCIELE SILVA; SILVA, LIDIA PRISCILLA R. DA. Mandados de Penalização: Exigência Constitucional em face da dignidade da Pessoa Humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [S.l.], v. 32, n. 2, p. 55, out. 2010. ISSN 0101-7187, online.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo : Martin Claret, 2002. p. 59 - 60.

como mais um elemento na busca pelo verdadeiro significado da expressão.<sup>7</sup>

Evidente que a compreensão acerca da dignidade humana foi sofrendo alterações ao longo do tempo, sendo reconhecida tanto em seu aspecto intrínseco do ser humano, quanto no conjunto de fatores sociais que influenciaram seu reconhecimento e proteção.

Luís Roberto Barroso esclarece que o referido princípio representa superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente.<sup>8</sup> Nesse sentido:

[...] a dignidade humana é mais do que um direito. Deve ser compreendida como um atributo inerente a todo ser humano, independe de sua raça, sexo, condição social ou outras condições pessoais. Com isso, em um Estado Democrático de Direito, o cometimento de um delito não determina a perda da dignidade humana e, por essa razão, o Direito Penal deve partir desse princípio.<sup>9</sup>

Sob essa ótica, e ressaltando que toda intervenção estatal na liberdade do homem deve ser rigorosamente regrada e limitada, uma vez que a segurança jurídica também é princípio elementar do Estado de Direito<sup>10</sup>, resta constatada a necessidade de uma ação conjunta do indivíduo, da comunidade e do Estado na busca pela concretização da dignidade da pessoa humana, notadamente no âmbito do Direito Penal.

Nesse sentido dispõem os incisos XLV a L do artigo 5º, supracitado, enfatizando que a aplicação e execução da pena deve respeitar alguns princípios, como a pessoalidade, a individualização, a vedação à penas perpétuas e cruéis e o respeito à integridade física e moral do sujeito à ela submetido.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas; HABERLE, Peter apud CARDOSO, FRANCIELE SILVA; SILVA, LIDIA PRISCILLA R. DA. Mandados de Penalização: Exigência Constitucional em face da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [S.l.], v. 32, n. 2, p. 55, out. 2010. ISSN 0101-7187, online.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*, online.

<sup>9</sup> SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito penal e a dignidade da pessoa humana *In Ensaios sobre Direitos fundamentais e Inclusão social*. Dirceu Pereira Siqueira e Henry Atique (org.). 1ª ed. Birigui, SP : Boreal Editora, 2010. p. 375.

<sup>10</sup> GOMES, LUIZ FLÁVIO. Duração das medidas de segurança *In Revista dos Tribunais*. Volume 663, 1991. p. 1070.

Conduzindo o descrito ao contexto ora abordado, Luiz Flávio Gomes afirma que não se pode considerar um inimputável menos detentor de direitos que um imputável, ao passo que as sanções penais aplicáveis a ambos constituem “formas de controle” com supressão ou restrição de direitos fundamentais<sup>11</sup>.

Dessa forma, o delinquente inimputável submetido à medida de segurança deve estar amparado por todos os direitos e princípios constitucionais que regem a aplicação das penas, de modo a tornar sua execução a mais humana e digna possível. Mais do que isso, a vulnerabilidade e fragilidade do “louco infrator” implicam na necessidade de um tratamento cauteloso, com vias à recuperação e reinserção do paciente.

A necessidade de uma legislação atual voltada a execução da medida de segurança resultou na reforma do Código Penal de 1984 e na promulgação da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que prevê a prestação de assistência por meio do Estado em seu Capítulo II, destacando a assistência material – fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (artigo 12) –, a saúde – atendimento médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14) –, jurídica, educacional, social – acompanhamento do diagnóstico e promoção da orientação do indivíduo, a fim de prepará-lo para o retorno à liberdade (artigos 22 e 23) –, e religiosa.

Além disso, a promulgação da Lei de Execução Penal coaduna com uma nova postura nacional no tocante à proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais, evidenciada pelo movimento de Reforma Psiquiátrica e pelo Projeto de n. 3.657, também conhecido como projeto de “Lei Antimanicomial”, apresentado ao Congresso Nacional em 1989. Nesse sentido:

O movimento de Reforma Psiquiátrica brasileira tem a sua própria história, alinhada inclusive ao contexto internacional, onde se buscava suplantar a violência do modelo asilar. A origem desse movimento, formado inicialmente por profissionais da área da saúde mental, remonta ao ano de 1970 e tem como um dos seus fundamentos a crítica ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas, visando suas transformações. Os sofrimentos causados e as violações perpetradas contra os doentes levaram o movimento de Reforma Psiquiátrica a propor, diversamente dos postulados inerentes ao antigo modelo de

<sup>11</sup> GOMES, LUIZ FLÁVIO. Duração das medidas de segurança *In Revista dos Tribunais*. Volume 663, 1991. p. 1071.



atendimento, a desinstitucionalização, a desospitalização e a humanização na assistência aos mesmos.<sup>12</sup>

O referido projeto tramitou por mais de 10 anos no Congresso Nacional, passando por diversas alterações. Durante esse período, observou-se uma predominância do Executivo na produção da nova política nacional de atenção à saúde mental, o que acabou por transformar o modelo tradicional de atendimento antes mesmo da aprovação da “Lei antimanicomial”.

Também durante o trâmite do projeto, foi submetido à Comissão Interamericana o caso “Damião Ximenes Lopes” – portador de transtornos mentais torturado e assassinado na Casa de Repouso Guararapes, no Ceará – que evidenciou as condições desumanas e degradantes nas quais eram submetidos esses pacientes.<sup>13</sup>

A atuação do executivo, a comoção social frente às violações de direitos humanos e a pressão internacional pelo caso supramencionado serviram como estímulo para aprovação do projeto de lei que instituiu a Reforma Psiquiátrica no Brasil, positivada por meio da Lei 10.216/2001.

O artigo 1º do diploma legal em epígrafe dedica-se a afirmação positiva dos direitos dos pacientes, assegurando os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Tais direitos vem previstos no artigo subsequente, a saber:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São **direitos da pessoa portadora de transtorno mental**: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando

<sup>12</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Cauby. *Arenas de produção de políticas públicas: a nova política nacional de saúde mental*, online.

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 5, p. 03.

alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental [grifo nosso].

O artigo 3º ainda ressalta a responsabilidade do Estado no desenvolvimento da política de saúde mental, na assistência e na promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Todos os dispositivos mencionados concatenam-se sob um único propósito: o tratamento do inimputável com vias de reinseri-lo à sociedade. Sob essa perspectiva, ainda, mister destacar a incidência dos princípios constitucionais, decorrentes do já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, na aplicação e execução da medida de segurança.

## 1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O brocardo latino enunciado por Feuerbach – “*nullum crimen, nulla misura sine lege praevia*” – ressalta que nenhum indivíduo será acusado ou sancionado sem anterior previsão legal. Trata-se do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal brasileiro.

O princípio surge como uma espécie de limitação ao poder do Estado na intervenção das liberdades individuais, uma vez que impede a punição arbitrária de condutas sem prévia determinação legal e limita a duração da sanção a um prazo conhecido pelo infrator. Aduz Ferrari acerca do assunto:

Toda norma penal incriminadora deve conter prévios preceitos primário e secundário. O preceito primário é formado pela descrição da conduta proibida, enquanto o secundário pela consequência jurídica decorrente

do descumprimento à conduta vedada. Com o princípio da legalidade, tanto a descrição da conduta como a consequência jurídica da infração devem ser clara, determinadas e definidas previamente, não podendo a norma e, em especial, a sanção penal, ser indefinidas temporalmente.<sup>14</sup>

Ainda que os dispositivos supramencionados façam menção ao termo “pena”, a doutrina já vem se posicionando no sentido de que a expressão faz referência a todas as consequências jurídicas do delito, ao passo que interpretação diversa colidiria com os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito material.<sup>15</sup> Sob essa perspectiva, pontua Salo de Carvalho:

O caráter sancionatório e punitivo das medidas de segurança impõe que o texto constitucional seja interpretado de forma ampla, na qual o termo pena deve adquirir conceitualmente o sentido de sanção penal.<sup>16</sup>

Destarte, no contexto ora abordado, o juiz só poderá aplicar medida de segurança cominada previamente na lei, cominação esta que deve abarcar a sanção penal a ser aplicada e sua respectiva duração.

Ocorre que a referida, nos termos do artigo 97 §1º do Código Penal, não possui um prazo máximo de duração. A liberdade do indivíduo inimputável fica sujeita à sua periculosidade que, uma vez constatada, exige a manutenção da sanção penal até eventual recuperação.

Tal previsão destoa do princípio em análise e dos dispositivos constitucionais penais, mormente a vedação de penas de caráter perpétuo, conforme preconizam Pierangeli e Zaffaroni:

De acordo com as regras legais expressas, as medidas de segurança não teriam limite máximo, ou seja, poderiam, por hipótese, perdurar durante toda a vida da pessoa a elas submetidas, sempre que não

<sup>14</sup> FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

<sup>15</sup> CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 72 - 73.

<sup>16</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial* – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513.

advenha uma perícia indicativa da cessação da periculosidade do submetido. Esta consequência deve chamar a atenção dos intérpretes de qualquer lei penal, por menos que reflexionem sobre uma medida de segurança significar limitações da liberdade e restrições de direitos, talvez mais graves do que os dotados de conteúdo autenticamente punitivo. Se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art. 5.º, XLVII, *b*), muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. A periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto ou causado um resultado lesivo a bens jurídicos pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal. Não existe razão aparente para estabelecer que um azar leve a submissão de uma delas a um controle penal perpétuo, ou, possivelmente perpétuo, enquanto outra fica entregue às disposições do direito ou legislação psiquiátrica civil.<sup>17</sup>

Outrossim, a ausência de um prazo determinado acaba por manter o inimputável à margem de um sistema que, conforme será demonstrado no tópico seguinte, passa por deficiências alarmantes. A espera por uma perícia supera, muitas vezes, o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, demonstrando uma clara violação ao princípio da legalidade e uma urgente necessidade de alteração do ordenamento jurídico.

## 1.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Também relacionado à intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, o princípio da proporcionalidade visa impedir a fixação e imposição judicial de sanções desproporcionais à gravidade do delito. Nesse sentido preconiza o ministro Gilmar Mendes:

O princípio da proporcionalidade – também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso – constitui exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” no cerceamento de tais direitos. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais, de maneira a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral*. 9ª ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 731.

que integram o mencionado princípio: a) adequação (apto para produzir o resultado desejado); b) necessidade (insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz); c) proporcionalidade em sentido estrito (forma -se relação ponderada entre o grau de restrição de certo princípio e o grau de realização do princípio contraposto).<sup>18</sup>

A sanção penal a ser aplicada, portanto, deve estar de acordo com a gravidade do delito em análise, através da escolha de meios adequados, necessários e proporcionais.

Por adequação, compreende-se que o meio deve levar à realização do fim – o administrador deve se valer de um meio que contribua para a promoção gradual do fim pretendido. A necessidade implica em uma verificação da existência de meios alternativos àquele inicialmente escolhido, com escopo de analisar se promovem igualmente o fim e se restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. Enfim, a proporcionalidade em sentido estrito questiona se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais.<sup>19</sup>

Acerca do tema, Luiz Flávio Gomes estabelece um comparativo entre o limite da pena, que é a culpabilidade, e o limite da medida de segurança, que deve ser a proporcionalidade (em contraponto à doutrina tradicional, que substitui a culpabilidade pela periculosidade). Para o autor, a proporcionalidade deve levar em conta a periculosidade do agente do fato punível e a gravidade deste fato. Considerando, todavia, a imprecisão de um juízo de periculosidade, a medida acaba por se restringir à gravidade do delito, impedindo que sua duração seja superior à pena imposta a um sujeito imputável pela prática do mesmo fato típico.<sup>20</sup>

Michele Cia, por sua vez, aborda os diferentes posicionamentos sobre o assunto e conclui:

Na verdade, a lei deve sim fixar limites máximos de duração da medida, e o Estado deve, concretamente, fornecer tratamento eficiente e adequado para efetivamente possibilitar a cura ou a diminuição da

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional* – 2002. São Paulo : Saraiva, 2011. E-book.

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo : Editora Malheiros. 2005. p. 116 - 124.

<sup>20</sup> GOMES, LUIZ FLÁVIO. Duração das medidas de segurança *In Revista dos Tribunais*. Volume 663, 1991. p. 1073.

periculosidade do indivíduo. Nos casos em que, apesar de todos os esforços concretos nesse sentido, o indivíduo continuar extremamente perigoso, a transferência para o tratamento público de saúde, desvinculado da execução penal, parece ser adequado, já que nem retorna o indivíduo imediatamente em sociedade, nem permite a perpetuação da intervenção penal [...] o que passa a estar em pauta é tão-somente a doença do indivíduo, e não mais o fato praticado que deu ensejo à medida de segurança, nem a periculosidade que ele representou. Essa relação precisa findar no tempo, sob pena de se desestruturar os mais importantes fundamentos de nossa ordem constitucional.<sup>21</sup>

Além do debate acerca da inexistência de um prazo máximo na execução da medida de segurança, imperioso ressaltar que o princípio da proporcionalidade também se mostra relevante no que diz respeito aos prazos mínimos expressamente previstos na lei. Isso porque a imposição de um prazo mínimo acaba sujeitando à referida sanção penal indivíduos cuja periculosidade já foi cessada, revelando uma desproporcionalidade da medida.

Evidente, portanto, que o princípio da proporcionalidade deve ser observado no momento da aplicação e da execução da medida de segurança, a fim de possibilitar que a sanção penal seja um meio adequado, necessário e proporcional à realização de seu fim, qual seja, a recuperação e reinserção social do indivíduo a ela submetido.

### 1.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Evidenciada pelo artigo 5º da Constituição Federal, a igualdade consiste no tratamento igual perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sua interpretação, contudo, deve pautar-se na conhecida igualdade material, pela qual os iguais são tratados de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

No âmbito da proteção aos inimputáveis, a igualdade material evidencia-se pela imposição de sanções distintas para delinquentes em condições distintas. Com efeito, a resposta jurídico-penal atribuída ao portador de anomalia psíquica não pode se igualar

---

<sup>21</sup> CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 104.

àquela dada ao agente imputável. Michele Cia, ao abordar o tema, preleciona:

No que toca a proteção do princípio da igualdade nas medidas de segurança, a lei pode, a princípio, estabelecer distinções entre o imputável e o imputável. Em matéria penal, essa diferenciação ocorre porque, em razão da anomalia psíquica, não se pode reprovar a conduta do doente mental. Sendo assim, não pode o imputável sofrer as mesmas consequências do imputável, que tem sua culpabilidade caracterizada. Ademais, ele necessita de tratamento psiquiátrico tendente à cura de sua anomalia, aproximando-o faticamente do imputável. Nesses dois aspectos reside a fundamentação do *discrimen* estabelecido pela lei. Sendo assim, e seguindo a análise proposta por Mello, o critério diferenciador não fere, aparentemente, o princípio da igualdade.<sup>22</sup>

Nesse sentido, a imposição da medida de segurança com finalidade preventiva deve buscar o equilíbrio anteriormente prejudicado pela condição do doente mental no caso concreto, a fim de, então, alcançar a igualdade prevista pelo ordenamento.

#### 1.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena encontra previsão legal no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, e pode ser observada sob diferentes dimensões. A primeira, definida como individualização legislativa, orienta a atividade do legislador através da previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas. A individualização judicial, por sua vez, é materializada pela sentença criminal condenatória, na qual o magistrado analisa a quantificação da pena a partir das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e das causas especiais de aumento e de diminuição. Enfim, a individualização executiva trata de hipóteses de progressão e regressão de regime, livramento condicional, conversões e causas de exclusão da punibilidade.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 80.

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial* – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261 - 262.

Não obstante a limitação do termo utilizado pela norma constitucional (pena), mais uma vez é preciso que se faça uma interpretação ampla, estendendo a individualização à medida de segurança. Nessa realidade, é imprescindível a incidência de um tratamento médico-psiquiátrico individualizado, com foco no distúrbio específico que o agente apresenta. Aduz Michele Cia acerca do assunto:

Na verdade, a projeção do princípio da individualização é absolutamente nítida na medida de segurança, a despeito da escassa referência doutrinária, já que sua aplicação depende das peculiaridades do agente e da anomalia psíquica de que é portador e, sobretudo, durante a execução, a medida modifica-se constantemente, seguindo a evolução individual do tratamento de cada interno. As necessidades terapêuticas ditam, portanto, a dinâmica da aplicação e execução da medida, que deve ser permanentemente individualizada. Pode-se mesmo afirmar que, caso não obedecido o princípio da individualização no âmbito das medidas de segurança, suas finalidades jamais serão atingidas.<sup>24</sup>

Menciona-se que, para a medida de segurança, a individualização também se exterioriza a partir de momentos distintos, no mesmo sentido já mencionado (legislativa, judicial e executiva), a depender do momento de incidência da inimputabilidade e de eventual cessação da periculosidade.

## 1.5 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos mencionou o princípio da humanidade em seu artigo 10, a saber: “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.” No Brasil, a Carta Magna fundamenta tal preceito normativo em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIX e L, preconizando que todas as sanções devem ser executadas com o máximo respeito ao ser humano, à sua integridade e dignidade, físicas ou morais. Prelecionam Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend:

---

<sup>24</sup> CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 87.



Fundamento da política criminal deve ser, finalmente, o princípio da Humanidade. De acordo com ele, a imposição e execução das sanções devem levar em consideração a personalidade do acusado e, se for o caso, do condenado, tendo que proceder com a sanção de forma humana e responsável, procurando assegurar seu retorno à vida em sociedade.<sup>25</sup>

Tal princípio justifica a vedação às sanções de caráter perpétuo, cruel, de trabalhos forçados ou de banimento, afastando-se da ideia de que o corpo deve ser punido pela prática do delito.

## 2 OS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL E OS REFLEXOS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA

Em que pese a previsão expressa de diversos direitos e princípios inerentes ao inimputável, consoante observado no tópico anterior, constata-se que o doente mental submetido à medida de segurança detentiva permanece isolado do convívio social, tornando-se invisível frente à sociedade que pertence e perdendo diariamente quaisquer laços familiares, afetivos ou comunitários.

Tal constatação foi resultado de uma longa pesquisa que evidencia – por meio de relatórios, documentários, vistorias e notícias – o cenário da aplicação e execução da medida de segurança no Brasil.

Desde já, ressalta-se que divergências nas informações obtidas foram frequentes ao longo do estudo. Conforme relatado pela comissão multidisciplinar da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal de Brasília/DF, essa realidade demonstra a

falta de políticas públicas intersetoriais nas áreas da saúde e da justiça, inclusive em relação ao processamento das informações da área, o que dificulta, por exemplo, o processo de tomada de decisões dos

<sup>25</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada : Comares. 2002. p. 20/30, tradução nossa: “Fundamento de la Política criminal debe ser, finalmente, el principio de humanidad. De acuerdo con él, imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para procurar devolverle a sua vida en sociedad.”

próprios gestores públicos em relação a desenho de políticas públicas e orçamento. Flagrante e extremamente preocupante a inexistência de equipes de saúde no sistema penitenciário. Tal quadro fortalece o diagnóstico de desassistência à saúde das pessoas com transtornos mentais feito por essa comissão.<sup>26</sup>

Nesse diapasão, buscou-se uniformizar os dados colhidos, a fim de estipular uma sequência cronológica que evidenciasse os avanços e os retrocessos no âmbito da sanção penal ora em análise.

Inicialmente, é imperioso destacar a realização – em 2000 e, portanto, anterior à Reforma Psiquiátrica – da I Caravana Nacional de Direitos Humanos, realizada pela Câmara dos Deputados. Seu relatório, apresentado abaixo, traz situações de abandono e isolamento. Transcreve-se:

Este relatório é, também, uma resultante de uma tomada de posição em favor daqueles seres humanos com os quais nos avistamos ao longo de 12 dias e que permanecem esquecidos e abandonados atrás dos muros e das grades dos manicômios brasileiros. Muitos de nós, que participaram dessa Caravana, não esqueceremos seus olhares, suas súplicas, seus sorrisos, suas desarrazoadas esperanças, suas sínteses surpreendentes. Em uma instituição visitada, perguntamos a um paciente a quanto tempo ele estava internado e sua resposta pronta foi - " Há 600 anos" . Talvez, do ponto de vista daqueles submetidos a um sofrimento infinito, a própria idéia de tempo se confunda com a eternidade. É o que pretendemos contribuir para superar.<sup>27</sup>

A caravana visitou diversos Hospitais Psiquiátricos e Hospitais de Custódia distribuídos em sete estados. Em Manaus, constatou-se que 24 (vinte e quatro) internos dividem 5 celas de um pequeno pavilhão na Cadeia Pública da capital, das quais 3 são inabitáveis. No Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Itamaracá, em Pernambuco, os 336 (trezentos e trinta e seis) internos excedem o limite máximo da instituição, que é de 70 (setenta) internos. Relatou-se:

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei n. 10.216/2001*. Brasília, DF, 2011. p. 49, online.

<sup>27</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos: uma amostra da realidade manicomial brasileira*. Brasília, DF, 2000, sic. p. 03, online.

Superlotado, o HCTP é uma casa de abandono e violência. Os pacientes não são tratados. Aliás, não são sequer concebidos como pacientes. Estão trancafiados em celas imundas e fétidas. Alguns deles, isolados e completamente nus. Segundo a médica plantonista, ficam nus por prescrição médica (!) pois são pacientes com risco de suicídio. Neste caso, como não há outro recurso técnico, nem pessoal para garantir que esses pacientes sejam observados, providencia-se no seu isolamento e se lhes tiram as roupas. (sic) Os pavilhões onde estão amontoados os internos são prédios inabitáveis, lúgubres e pestilentos. Em muitas celas, **os internos convivem com seus próprios dejetos**. A maioria é obrigada a dormir no chão. Os banheiros são imundos e em alguns **não há sequer água**. Quando de nossa visita, fazia **um mês que o hospital estava sem qualquer medicação para fornecer aos internos**. Tudo aqui não funciona. O HCTP é uma instituição de reclusão sem qualquer segurança que oferece aos internos a perspectiva de pena cruel e degradante. Em síntese, nem custódia, nem trata.<sup>28</sup>

Ademais, nos hospitais de São Paulo – HCTP Prof. André Teixeira e Casa de Custódia e Tratamento Arnaldo Amado Ferreira – a situação também é precária. No primeiro, chamam atenção a superlotação e a ausência de medicação individual. No segundo, destaca-se o isolamento dos internos, que permanecem em celas individuais com portas de ferro cuja abertura retangular revela espaço suficiente para um prato de comida. O diretor dessa última instituição, ao ser questionado sobre inúmeros espaços e pátios desertos, informou que aqueles locais permaneceriam desertos, por “motivos de segurança”. Além disso,

[...] como em todas as outras instituições, as chamadas "visitas íntimas" são vedadas. Assim, por uma decisão administrativa, o direito ao exercício da sexualidade é arbitrariamente suprimido. Trata-se de uma nova condenação, não prevista por qualquer lei e que contraria frontalmente os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição. Quando nos deslocávamos da Casa de Custódia e atravessávamos o último corredor em direção à saída, um dos internos passou a bater em sua cela enquanto gritava sem parar: - "Fim da tortura humana, fim da tortura humana, fim da tortura humana..." Seu protesto desesperado, possivelmente enlouquecido, encerrava nossa visita e a própria caravana como uma síntese no interior da qual é

<sup>28</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos: uma amostra da realidade manicomial brasileira*. Brasília, DF, 2000. p. 09, grifo nosso, online.

possível identificar uma redundância; a tortura, afinal, é uma prática só construída pelos humanos.<sup>29</sup>

O relatório se encerra com algumas recomendações. Entre elas, sugeriu-se que o Ministério da Saúde se posicionasse publicamente a favor da reforma psiquiátrica brasileira, “emprestando seu apoio a todas as tratativas políticas necessárias para a aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica ainda este ano”.<sup>30</sup>

Neste contexto, consoante já abordado, a Lei 10.216 entrou em vigência na data de 06 de abril de 2001. Os anos seguintes evidenciaram uma incerteza quanto às consequências de sua promulgação. Notadamente, discutia-se a real efetividade da lei e a possibilidade de observar, na prática, a concretização dos direitos por ela garantidos.

Nessa tentativa de adequá-la à realidade, os Ministérios da Justiça e da Saúde promoveram, em 2002, o Seminário Nacional para reorientação dos hospitais de custódia. Na ocasião, evidenciou-se que o tratamento do internado deve ser de responsabilidade tanto do sistema penitenciário quanto do Sistema Único de Saúde, buscando a desinstitucionalização e a integração do doente na rede de saúde mental da própria comunidade.<sup>31</sup>

Ocorre que, não obstante a legislação e os Ministérios tenham se movimentado no sentido de garantir direitos aos internos, a realidade custou a acompanhar tais avanços.

Em 2003, o relatório anual sobre direitos humanos do Centro de Justiça Global revelou vinte mortes no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia, apenas naquele ano.<sup>32</sup> Em 2004, uma inspeção realizada pelos presidentes das Comissões nacionais

<sup>29</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos: uma amostra da realidade manicomial brasileira*. Brasília, DF, 2000, sic, online.

<sup>30</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos: uma amostra da realidade manicomial brasileira*. Brasília, DF, 2000, online.

<sup>31</sup> BRASIL. Ministério da Saúde/Ministério da Justiça. *Seminário Nacional para Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico*: Relatório Final. Brasília, setembro de 2002, online.

<sup>32</sup> CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 23.

de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil e Conselho Federal de Psicologia no mesmo local também evidenciou um estado de negligência e descuido.

[...] ambientes fétidos e sem condições básicas de funcionamento foram constatados durante toda a visita. Os pacientes não dispunham ao menos de lençóis para as camas ou água potável para uso diário: a água de que dispunham estava acondicionada em garrações sujos e de coloração suspeita, ao lado dos leitos. As instalações são, no geral, muito precárias. [...] Os pacientes passam o tempo todo ociosos: não há um projeto terapêutico definido pela instituição, nem cuidados perceptíveis com a ressocialização e a reintegração à sociedade. Recolhemos relatos de vários pacientes quanto a ações abusivas dos agentes penitenciários e seguranças [...] Segundo foi possível apurar, são comuns as sessões de espancamento dos pacientes em quarto fechado, por parte dos agentes. Esta violação inaceitável dá-se, muitas vezes, em represália aos quadros de intercorrências clínicas apresentadas por alguns pacientes, como dificuldade de caminhar, de emitir respostas quando solicitadas, o próprio mutismo e as alterações de consciência[...].<sup>33</sup>

Nos anos seguintes, o Ministério da Justiça reconheceu a necessidade de um levantamento de dados acerca dos estabelecimentos de tratamento e custódia. Sob essa ótica, formulou-se o documento “Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados”, indicando 28 (vinte e oito) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no país e um número de 3.845 (três mil oitocentos e quarenta e cinco pessoas) pessoas submetidas à medida de segurança, em dezembro de 2005, e 3.595 (três quinhentos e noventa e cinco) na mesma situação, em dezembro de 2006.<sup>34</sup> Os dados referentes à dezembro de 2007 foram expostos por meio de um novo documento, publicado em 2008, que apontou 31 (trinta e um) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e 3.760 (três mil setecentos e sessenta) indivíduos cumprindo medida de segurança.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Manicômios: Balanço da blitz na região Nordeste*. Publicada em 16 de agosto de 2004, online.

<sup>34</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional. Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados*. Brasília, DF. 2007, online.

<sup>35</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional. Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados*. Brasília, DF. 2008, online.

Conforme observado, as informações obtidas apenas evidenciam o número de Hospitais de Custódia e a quantidade de inimputáveis submetidos à sanção penal. Não há qualquer referência às condições, à estrutura e a efetividade da função preventiva especial na execução da medida.

Neste contexto, em 2009, um documentário dirigido por Débora Diniz retratou a realidade em que vivem os indivíduos que integram os Hospitais de Custódia na maior parte do país. “A Casa dos Mortos” conta a história de Jaime, Antônio e Almerindo, homens anônimos, considerados perigosos para a vida social, cujo castigo será a tragédia do suicídio, o ciclo interminável de internações, ou a sobrevivência em prisão perpétua. Em relação ao último, o documentário ressalta que cometeu um delito apenado com detenção e, portanto, a ele poderia ter sido imputado tratamento ambulatorial. No entanto, a sentença e o laudo que atestou sua incapacidade mental saíram em 1982 e, desde então, nunca foi submetido a novo laudo. Em um momento do documentário, questionou-se: “E se achar uma casa para Almerindo, Almerindo vai?” Em resposta, o internado contestou: “Almerindo já morreu”.<sup>36</sup>

A resposta de Almerindo, internado no Hospital de Custódia de Salvador, na Bahia, evidencia a situação de abandono e esquecimento dessa “população invisível”. Esse cenário contribuiu para que o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) celebrasse, nesse mesmo ano de 2009, um Termo de Convênio com a Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, a fim de realizar um estudo censitário da população submetida a medida de segurança no país.

O projeto resultou na publicação do livro “a custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011”, que esquematizou dados colhidos entre 31 de janeiro e 16 de dezembro de 2011, cuja fonte de pesquisa foram os dossiês das 3.989 (três mil novecentos e oitenta e nove) pessoas que viviam nos 26 Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs). Acompanhado, também, por Débora Diniz, o foco do censo de 2011 distinguiu-se do atribuído ao documentário supracitado. Se a ideia desse era demonstrar a realidade dos Hospitais de Custódia no Brasil, com ênfase nas condições precárias e na improvável recuperação do louco infrator, àquele limitou-se ao estudo do perfil da população.

<sup>36</sup> DINIZ, Débora. *A Casa dos Mortos*. 23 min. Disponível em: <<http://www.acasadosmortos.org.br/#>> Acesso em: 18 jul. 2015.

Levantaram-se dados sociodemográficos (sexo, idade, cor, escolaridade e profissão); dados sobre o itinerário jurídico (infração penal, motivo da internação, execução penal, permanências, desinternações e recidivas); e, dados sobre saúde mental (diagnósticos psiquiátricos, topo de responsabilidade penal, exames de cessação de periculosidade, laudos médico-periciais e prazos).<sup>37</sup>

Em um primeiro momento, abordou-se a metodologia utilizada, expondo o número de ECTPs no país e a distribuição destes por região.

Em 2011, no Brasil havia 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico localizadas em presídios ou penitenciárias [...] Os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo continham 3 ECTPs cada um. Os estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Sergipe e Santa Catarina, além do Distrito Federal, tinham um único ECTP. Os estados de Acre, Amapá, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Roraima e Tocantins não possuíam ECTP em 2011. Em Goiás, há uma particularidade na execução das medidas de segurança. Elas são cumpridas por meio de acompanhamento do Programa de Atenção Integral ao Louco-Infrator (Paili) [...] inserindo os inimputáveis por doença e deficiência mental em serviços assistenciais de saúde de acordo com a Lei da Reforma Psiquiátrica, a Lei 10.216, de 2001 [...]<sup>38</sup>

O estudo apontou que, dos 3.989 (três mil novecentos e oitenta e nove) indivíduos que viviam nos 26 ECTPs, 2.839 (dois mil oitocentos e trinta e nove) estavam em medida de segurança, 117 (cento e dezessete) estavam em medida de segurança por conversão de pena e 1.033 (mil e trinta e três) estavam em situação de internação temporária. A população total era formada por 92% (3.684) de homens e 7% (291) de mulheres. Ressalta-se, ainda, que pelo menos 25% (741) dos indivíduos em medida de segurança não deveriam estar internados, uma vez que dispõem de periculosidade cessada, possuem sentença de desinternação, medida de segurança

<sup>37</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 13 - 21.

<sup>38</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 22.

extinta ou internação sem processo judicial, ou receberam o benefício judicial da alta ou desinternação progressiva.<sup>39</sup>

Entre os dados apontados na pesquisa, destacam-se alguns mais relevantes para o presente estudo.

No tocante à escolaridade dos indivíduos, constatou-se que 23% (933) eram analfabetos e 43% (1.713) tinham ensino fundamental incompleto, 13% (534) ensino fundamental completo, 6% (226) ensino médio e 0,8% (33) ensino superior; um único indivíduo tinha pós-graduação. Em relação à profissão, observou-se uma concentração de indivíduos em profissões que exigem pouca ou nenhuma qualificação técnica e educacional, e 17% da população total é definida como “sem profissão”.<sup>40</sup>

Quanto à regularidade da situação da população em medida de segurança, 1% (39) das pessoas internadas cumpria medida de segurança de tratamento ambulatorial e, portanto, não deveriam estar em regime de internação hospitalar. Além disso, 2% (54) possuíam a medida de segurança extinta, mas continuavam internados. Em relação ao acompanhamento por meio de laudo, o censo aponta que

Dos 1.033 indivíduos em situação temporária, 34% (353) estavam internados para realizar exame de sanidade mental e 35% (362) tinham o laudo de sanidade mental e aguardavam decisão judicial para andamento processual. **A previsão legal é de que a internação para a realização do exame de sanidade mental não ultrapasse 45 dias**, salvo se os peritos psiquiátricos demonstrarem a necessidade de maior prazo para internação. Dos 353 indivíduos à espera do laudo de sanidade mental, 27% (97) aguardavam dentro do prazo legal previsto pelo Código de Processo Penal e **69% (244) aguardavam por um período superior a esse prazo**. Da população em situação de internação temporária que aguardava laudo de sanidade mental, a média de espera era de dez meses. Dos indivíduos que aguardavam laudo de sanidade mental, 3% (12) não possuíam a informação da data da internação no ECTP, o que impossibilitava o cálculo dos prazos.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 37.

<sup>40</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 41.

<sup>41</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 42 - 43, grifo nosso.



Outrossim, mencionou-se que 69% (1.963) dos indivíduos em medida de segurança no Brasil não haviam cometido infração penal anterior à que conduziu à medida de segurança atual, contra 25% (707) que haviam cometido infração penal prévia. Nesse mesmo sentido, 74% (2.088) desses indivíduos estavam na primeira internação, 18% (520) estavam na segunda internação e 7% (192) tinham três ou mais internações. Em relação ao tempo de cumprimento da medida, 9% (247) tinham menos de um ano de cumprimento da medida de segurança, 33% (937) tinham entre um e três anos, 15% (420) tinham entre quatro e cinco anos, 18% (521) tinham entre seis e dez anos, 8% (217) tinham entre onze e quinze anos, 4% (117) tinham entre dezesseis e vinte anos, 2% (63) tinham entre 21 e 25 anos, 0,9% (25) tinha entre 26 e 30 anos, e 0,3% (9) tinha acima de trinta anos.<sup>42</sup>

Quanto à realização anual do exame de cessação de periculosidade, 51% (1.447) das pessoas em medida de segurança no Brasil estavam em dia, e 41% (1.153) estavam em atraso. O exame já havia sido feito com 68% (1.931) desses indivíduos, dos quais em 28% (537) a periculosidade havia cessado. 7% (187) das medidas de segurança tinham sentença de desinternação.<sup>43</sup> Em relação aos dados específicos de cada estado, sobressaíram-se os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro, e II de Franco da Rocha, em São Paulo, nos quais foram constatados que, respectivamente, 63% (72) e 87% (150) dos indivíduos em medida de segurança não deveriam estar internados, por terem sua periculosidade cessada, sentença de desinternação, medida de segurança extinta, internação sem processo judicial, ou por terem recebido o benefício judicial da alta ou desinternação progressiva.<sup>44</sup>

Por fim, destaca-se que 21% (606) das pessoas internadas cumpriam medida de segurança há mais tempo que a pena máxima em abstrato para a infração penal cometida, sendo que, entre as pessoas em medida de segurança no país, 56% (1.648) estavam internadas há mais tempo que a pena mínima em abstrato para a infração penal cometida.

<sup>42</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 48 - 50.

<sup>43</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 50 - 51.

<sup>44</sup> DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 253, 333.

Sem qualquer intenção de esgotar os dados apresentados pelo estudo censitário, as informações transcritas coadunam com o principal foco deste trabalho, qual seja, apontar as falhas do modelo penal-psiquiátrico do asilamento e os motivos que envolvem o abandono e segregação desses indivíduos.

A Reforma Psiquiátrica, cuja ideia pautava-se no fim dos manicômios e em uma nova ordem pautada na assistência familiar e médica, apresentou poucas melhorias na realidade dos portadores de transtornos mentais, notadamente em relação àqueles que praticam delitos. Nesse sentido:

Essa reforma psiquiátrica é hipertrófica e emblemática. Inspirada em política de saúde mental europeia, e implementada em um país de modernidade tardia (para dizer o mínimo), denuncia a insensibilidade do Estado para com a tessitura social e o sofrimento individual e familiar.<sup>45</sup>

Em uma análise crítica, inclusive, é possível afirmar que a ideia de desospitalização acabou por ensejar uma desassistência psiquiátrica das camadas mais carentes da população, que, prejudicadas pela ineficácia da saúde pública e pela indiferença da sociedade, voltam a integrar o “povo das ruas”. Essa situação fundamenta uma das principais críticas acerca da realidade enfrentada após a Reforma psiquiátrica. Nesse sentido:

O “povo das ruas” não permanece apenas nas ruas. Em decorrência de suas alterações comportamentais, muitas vezes incidem na prática de delitos e são encaminhados para os asilos da nova era: as instituições penitenciárias. Assim, 200 anos após Pinel, se fecha um ciclo, e os doentes mentais voltam a ser privados de sua liberdade e dos direitos básicos da cidadania.<sup>46</sup>

Dados como a baixa escolaridade e profissões que exigem pouca qualificação técnica denotam esse perfil mais carente da

<sup>45</sup> PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. A Criminialização da Loucura no modelo jurídico-terapêutico-punitivo-prisional dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico *In Revista SJRJ*, online.

<sup>46</sup> TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. *Psiquiatria forense* – 2ª ed. porto Alegre : Artmed, 2012. p. 536.

população submetida à medida de segurança. Conforme já mencionado, essa constatação vai de encontro à situação crítica da saúde pública brasileira, que, na maioria das vezes, não possui a estrutura e não fornece o medicamento necessário ao portador de transtornos mentais.

Se, por um lado, a ideia da Lei 10.216/01 foi conduzir o portador de transtornos mentais a um tratamento mais igualitário, incluindo-o na rede pública de saúde e reinserindo-o ao convívio social, por outro, a nova legislação entrega o inimputável nas mãos de um Estado despreparado, que, por ausência de políticas públicas e propostas eficazes, o mantém desamparado e propenso à prática de delitos, por vezes decorrentes de um surto imediato que poderia ter sido evitado com o tratamento correto.

Sob essa ótica, em que pese o censo de 2011 tenha evitado uma análise da estrutura das unidades ou do funcionamento das medidas de segurança, é inevitável que os dados apresentados evidenciem essa realidade enfrentada pelos “loucos infratores”, ora pela quantidade de indivíduos que permanecem internados indevidamente, ora pelo tempo excessivo de internação, que acaba por tornar o executado um “anônimo”. Nesse sentido:

De qualquer forma, as consequências negativas da internação prolongada do doente mental são diversas, como a perda do contato com a realidade externa, a submissão às atitudes autoritárias do corpo técnico, o ócio forçado, a sedação medicamentosa, a perda da perspectiva de vida para além da instituição, a perda de amigos e do contato com familiares, a desqualificação permanente do discurso e das atitudes dos internos. Em decorrência dessa configuração institucional, o paciente passa a apresentar a chamada neurose institucional, caracterizada por apatia, ausência de interesse e iniciativa, indiferença frente a medidas tomadas contra ele, submissão, resignação diante dos fatos, incapacidade de formulação de projetos pessoais e deterioração dos hábitos pessoais, como a higiene. Em outras palavras, muito longe de socializar, o que o internamento prolongado faz é dessocializar definitivamente o indivíduo, além de deteriorar sua identidade e auto-estima.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> DELGADO, Pedro Gabriel Godinho apud CIA, Michele. *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva politico-criminal*. São Paulo. Editora Unesp, 2011. p. 41.

Cabe ressaltar, ainda, que o estudo em análise não alcançou portadores de doenças mentais que se encontram encarcerados em prisões comuns. Aqui, o problema é ainda mais complexo, uma vez que a convivência no meio penitenciário agrava o diagnóstico e implica em sérias consequências ao agente que, em tese, seria inimputável. Acerca do tema:

No sistema penitenciário, essa problemática se agrava, uma vez que os estabelecimentos prisionais de modo geral não dispõem de condições necessárias para o abrigo dos internados na medida em que conta com superlotação carceária, carência de funcionários para a prestação de serviços de segurança e de atendimento ambulatorial e hospitalar, bem como condições insalubres de estada. Tal realidade não só agrava o quadro mental já existente como também propicia o surgimento de novas patologias psiquiátricas.<sup>48</sup>

Neste contexto, um levantamento feito pelo Jornal O Globo junto às secretarias de administração penitenciária e ao sistema judiciário mostrou que, até o final de 2012, havia no país pelo menos 800 pessoas absolvidas pela Justiça em razão de transtornos psiquiátricos cumprindo penas em presídios comuns, em muitos casos dividindo celas com os demais detentos.<sup>49</sup>

Ciente desse cenário, o repórter Vinicius Sassine, da sucursal de Brasília, percorreu nove presídios, alas de tratamento e manicômios judiciais. Da trajetória, resultou a série “Vida no cárcere – Descaso e abandono em Saúde Mental – I”<sup>50</sup> e “Loucura atrás das grades – Descaso e abandono em Saúde Mental – II”<sup>51</sup>, que evidencia a história, entre outros, de Cola na Cola, Paulo Ricardo e Francisco, portadores de doença mental que permanecem detidos em presídios comuns, sem qualquer tratamento.

<sup>48</sup> TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. *Psiquiatria forense* – 2ª ed. porto Alegre : Artmed, 2012. p. 486.

<sup>49</sup> O GLOBO. *Brasil mantém doentes mentais presos ilegalmente*, online.

<sup>50</sup> SASSINE, Vinicius. *Vida no Cárcere - Descaso e abandono em Saúde Mental – I*. 3min 57seg. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=sQllakHiEjs>> Acesso em: 09 jul. 2015.

<sup>51</sup> SASSINE, Vinicius. *Loucura Atrás das Grades - Descaso e abandono em Saúde Mental – II*. 6min 59seg. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=\\_B9p5Ju7T4g](https://www.youtube.com/watch?v=_B9p5Ju7T4g)> Acesso em: 10 jul. 2015.

A reportagem flagrou uma realidade de uso contumaz do crack, hipermedicação e inexistência de prontuários em Brasília; a existência de uma ala específica para presos com transtornos mentais num presídio de regime fechado em Goiânia, além de pessoas em cumprimento de medida de segurança misturadas com detentos comuns; e doentes mentais nos mesmos espaços de pacientes com hanseníase e aids no manicômio em Teresina. Em São Luís, pessoas com transtornos mentais estão presas sem qualquer perspectiva de decretação da medida de segurança. Não há laudos, exames ou psiquiatra: a única que atendia no complexo prisional deixou de ir ao trabalho porque está sem pagamento desde dezembro. Um rol de irregularidades que combinam com o “sistema medieval” descrito pelo ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, no final do ano passado.<sup>52</sup>

Menciona-se, ainda, que os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico frequentemente são citados em revistas e jornais de cobertura regional.

O site “Bahia notícias” publicou, em 02 de setembro de 2012, uma reportagem voltada ao Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico em Salvador, cujo título denunciava “Hospital de Custódia está com estrutura precária, aponta jornal; unidade foi vistoriada pelo CNJ em julho”. Transcreve-se:

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCT) da Bahia, na Baixa do Fiscal, em Salvador, encontra-se em situação precária. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou um vistoria no local em julho e constatou problemas estruturais, déficit de médicos e técnicos e a permanência no local de presos que tiveram suas medidas de segurança cumpridas há tempos. Um homem condenado por lesão corporal deveria ter deixado a unidade em 1983, mas permanece no HCT até hoje. Atualmente, 122 internos estão em tratamento, e segundo o CNJ, as tentativas de fugas são constantes. De acordo com o Correio, o documento do CNJ mostra que o primeiro andar vive com o piso molhado devido às chuvas; as infiltrações provocam curtos-circuitos e as lâmpadas queimam com frequência. “Estive no HCT em 2011 e voltei agora em julho. Só piorou. A estrutura está péssima. A situação dos acientes é totalmente inadequada. Defino como um cenário de horror. Inadmissível”, afirmou o juiz Luciano Losekann [...]<sup>53</sup>

<sup>52</sup> THOMÉ, José Toufic. *Brasil mantém doentes mentais presos ilegalmente*, online.

<sup>53</sup> Bahia notícias. *Hospital de Custódia está com estrutura precária, aponta jornal; unidade foi vistoriada pelo CNJ em julho*, online.

Em dezembro do mesmo ano, uma matéria publicada pelo sítio eletrônico do próprio CNJ ressaltou que, em Belém, dos 122 internos, mais de 50% não possuía laudo de insanidade mental. Em Salvador, dos 156 internos, 88 aguardavam o documento; 31 continuavam internados por não terem para onde ir.<sup>54</sup>

No ano de 2014, o Jornal “Notícias do Dia” publicou matéria cuja manchete anunciava: “Pacientes de hospitais de custódia vivem drama em Santa Catarina”.

Na rua Delminda Silveira, Agrônômica, vivem 130 homens, ditos loucos judiciais. Metade deles já cumpriu sua pena. Alguns estão no Hospital de Custódia porque em surto mataram, outros simplesmente se tornaram um incômodo para alguém. Poucos têm aonde ir. Foram renegados pelas famílias e ignorados pelos municípios catarinenses, legalmente responsáveis pela construção de residências terapêuticas. Mas em todo o Estado só existem oito vagas públicas, obviamente ocupadas. A ausência de abrigo fez com que muitos homens envelhecessem dentro de poucos metros quadrados, sem casar ou ter filhos. Diariamente são dopados para não transformar a percepção da vida líquida, que esvai pelo ralo, em ansiedade [...]<sup>55</sup>

Em São Paulo, as Instituições de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (duas unidades em Franco da Rocha, na Região Metropolitana, e uma em Taubaté, no interior) passaram pela fiscalização do Conselho Regional de Medicina. Os resultados da vistoria deram origem ao livro “Hospital de Custódia: Prisão sem Tratamento”, que evidencia, mais uma vez, a condição desumana e asilar que contribui para maior degradação física e mental do inimpugnável.

A condição de portadores de transtornos mentais, em sua vulnerabilidade, agregada à falta de profissionais especializados na abordagem a tais pacientes, tanto em número quanto em qualificação, juntamente com a estrutura física inadequada e condições sanitárias precárias, caracterizam o cenário de desassistência a que é submetida esta população de pacientes. Adicionalmente, a falta de autonomia devido à privação de liberdade pelos delitos também contribui para a exclusão desta população do acesso a recursos terapêuticos externos,

<sup>54</sup> BANDEIRA, Regina. *Mutirões vão fiscalizar atendimento em hospitais de custódia*, 2012, online.

<sup>55</sup> TORRES, Aline. *Pacientes em hospitais de custódia vivem drama em Santa Catarina*, 2014, online.

além daqueles que são oferecidos pelo Estado. Sendo assim, essa população de pacientes em medida de segurança de internação encontra-se bastante desassistida, sendo os HCTPs estruturas que estão longe de serem verdadeiramente unidades de saúde.<sup>56</sup>

A referida obra compara: “Se para o preso comum, a cadeia é muitas vezes 'uma escola para o crime', para o doente mental infrator o hospital de custódia é um 'estágio a mais na escala da loucura’”.<sup>57</sup>

Enfim, menciona-se que o primeiro semestre de 2015 evidenciou uma discussão para o encerramento das atividades do Hospital de Custódia e Tratamento da Bahia, um dos mais críticos e precários do país, conforme dados já demonstrados. No dia 14 de julho deste ano o Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA) realizou uma audiência pública, coordenada pelo juiz assessor especial da corregedoria, Moacyr Pitta Lima Filho, com o objetivo de debater a proposta de interdição do hospital. A defensora pública Andrea Tourinho, convidada a participar do encontro, ressaltou ser

incabível que sejam descumpridas determinações da lei antimanicomial, a exemplo do fortalecimento de uma política de inclusão das pessoas portadoras de doenças mentais e vedação da internação desses doentes em instituições com características asilares [...] “Boa parte dos pacientes internados no Hospital de Custódia são portadores de esquizofrenia e poderiam ser tratados pelos CAPS AD ou nas residências terapêuticas. Essas pessoas não podem ser duplamente penalizadas - ou seja, pela doença que possuem e pelo local inadequado onde estão abrigados”<sup>58</sup>

A abordagem de todos esses dados evidencia uma situação semelhante àquela vivida por esses indivíduos antes de qualquer referência a direitos fundamentais ou à dignidade da pessoa humana. Isso porque a institucionalização da loucura e o isolamento do

<sup>56</sup> CREMESP. *Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo*. Organização de Quirino Cordeiro e Mauro Gomes Aranha de Lima. São Paulo : Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014. p. 89.

<sup>57</sup> CREMESP. *Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo*. Organização de Quirino Cordeiro e Mauro Gomes Aranha de Lima. São Paulo : Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014.

<sup>58</sup> MOREIRA, Camila. *Fechamento imediato do Hospital de Custódia é defendido por defensora em audiência pública*, 2015, online.

portador de transtornos mentais, combatidos pela Reforma Psiquiátrica, continuam prevalecendo na execução da medida de segurança.

Essa medida, que recebe a alcunha de modelo “jurídico-terapêutico-punitivo-prisional”, é na verdade uma forma de eugenia social, visto que o interno se submete ao regime penal, mas não terapêutico. Vira refém da própria enfermidade e, em razão dela, abdica aos direitos de personalidade: ao não lhe facultar o consentimento acerca dos tratamentos destinados, tortura-se e maltrata-se psicofísica e moralmente.<sup>59</sup>

O fracasso do sistema atual foi constatado desde a publicação da Lei 10.216/01, sendo confirmado através do censo 2011. Não obstante, a alteração legislativa e a exposição de dados não são suficientes para alterar a realidade vivida por esses indivíduos. Pelas informações apresentadas, é clara a violação aos direitos previstos pela Constituição, pela Lei de Execução Penal e pela Lei 10.216, bem como aos princípios inerentes à execução da medida de segurança. Tais violações, contudo, somente poderão ser combatidas quando o Poder Público, associado à sociedade, compreender que o portador de transtornos mentais precisa de tratamento, não de punição.

## CONCLUSÃO

A expressão “modelo penal-psiquiátrico do asilamento” faz referência à ideia de institucionalização: o isolamento torna-se a única e necessária resposta à constatação da loucura. Nesse processo, o alienado torna-se um anônimo, um número a mais nas Casas de Custódia, desvinculando-se de qualquer relação com sua comunidade e sua família.

Dados levantados nos anos em 2011 constataram que 3.989 (três mil novecentos e oitenta e nove) indivíduos viviam em 26 (vinte e seis) Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil no ano respectivo. Desses, 741 (setecentos e quarenta e um) não deveriam estar internados; 1.153 (mil cento e cinquenta e três)

<sup>59</sup> PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. A Criminalização da Loucura no modelo jurídico-terapêutico-punitivo-prisional dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico *In Revista SJRJ*, online.



estavam atrasados com o exame de cessação de periculosidade; 606 (seiscentos e seis) cumpriam medida de segurança há mais tempo que a pena máxima em abstrato para a infração penal cometida; e, 214 (duzentos e quatorze) estavam cumprindo a medida há mais de 15 anos.

Tais informações revelam a inobservância dos princípios constitucionais no que diz respeito à aplicação da medida de segurança no Brasil, também constatada quando da análise de notícias regionais, que revelam locais insalubres, condições precárias e déficit de médicos e técnicos.

Assim, o estudo procurou despertar o interesse no tema, que reporta, ainda que de forma indireta, à tão criticada prisão perpétua. Prisão, porque há restrição de liberdade, e perpétua, uma vez que o risco de periculosidade – frente à ausência de tratamento e a precariedade que vivem – nunca é extinto.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

ALMEIDA JÚNIOR, João Cauby. **Arenas de produção de políticas públicas**: a nova política nacional de saúde mental. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14-rev18\\_659-680\\_-\\_joao\\_cauby\\_de\\_almeida\\_junior.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14-rev18_659-680_-_joao_cauby_de_almeida_junior.pdf)> Acesso em 12 jun de 2015.

ALMEIDA, Letícia Gabriella. **Loucos infratores**: uma população invisível à sombra do modelo penal-psiquiátrico do asilamento. 2015. Monografia científica em Direito – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

BAHIA NOTÍCIAS. **Hospital de Custódia está com estrutura precária, aponta jornal; unidade foi vistoriada pelo CNJ em julho**. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/noticia/122032-hospital-de-custodia-esta-com-estrutura-precaria-aponta-jornal-unidade-foi-vistoriada-pelo-cnj-em-ju.html>> Acesso em 21 jul. 2015.

BANDEIRA, Regina. **Mutirões vão fiscalizar atendimento em hospitais de custódia**, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59655-mutiroes-vao-fiscalizar-atendimento-em-hospitais-de-custodia>> Acesso em 21 jul. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>> Acesso em 08 jul de 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos**: uma amostra da realidade manicomial brasileira. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caravana.pdf>> Acesso em 18 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903. **Reorganiza a Assistência a Alienados**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>> Acesso em 21 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 23 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 05 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema penitenciário no Brasil**: dados consolidados. Brasília, DF. 2007. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/dadosconsolidados2006.pdf/view>> Acesso em 19 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema penitenciário no Brasil**: dados consolidados. Brasília, DF. 2008. Disponível em: <[https://www.oas.org/dsp/Observatorio/Tablas/Brasil/Brasil\\_Sistema\\_Carcelario\\_DadosConsolidados\\_2003-2007.pdf](https://www.oas.org/dsp/Observatorio/Tablas/Brasil/Brasil_Sistema_Carcelario_DadosConsolidados_2003-2007.pdf)> Acesso em 19 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Resolução nº 05, de 4 de maio de 2004**. Dispõe a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/reintegracao-social-1/anexos-reintegracao-social/2004resolu05.pdf/view>> Acesso em 19 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde/Ministério da Justiça. **Seminário Nacional para Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico**: Relatório Final. Brasília, setembro de 2002. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Rel\\_Sem\\_Reo\\_Hosp\\_Custodia.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Rel_Sem_Reo_Hosp_Custodia.pdf)> Acesso em 18 jul. 2015

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Sob a Perspectiva da Lei n. 10.216/2001**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/docs-publicacoes/parecer\\_medidas\\_seguranca\\_web.pdf](http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/docs-publicacoes/parecer_medidas_seguranca_web.pdf)> Acesso em 10 jul. 2015.

CARDOSO, Franciele Silva; SILVA, Lidia Priscilla R. da. Mandados de Penalização: Exigência Constitucional em face da dignidade da Pessoa Humana. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [S.l.], v. 32, n. 2, p. 53/63, out. 2010. ISSN 0101-7187. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12138/8050>>. Acesso em: 09 Jul. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial – São Paulo: Saraiva, 2013.

CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro**: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-crimal. São Paulo. Editora Unesp, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 5, p. 03.**

Disponível em:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)> Acesso em 10 jul. 2015.

CREMESP. **Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo.** Organização de Quirino Cordeiro e Mauro Gomes Aranha de Lima. São Paulo : Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra Editora. 2001

DINIZ, Débora. **A Casa dos Mortos.** 23 min. Disponível em: <<http://www.acasadosmortos.org.br/#>> Acesso em: 18 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: Censo 2011. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança In **Revista dos Tribunais**. Volume 663, 1991. Pg. 1071

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a La Criminología.** Valencia: Tirant ló Blach. 2001.

HUNGRIA, Nelson. Pena e Medida de Segurança In **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda. 1945.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal Parte General.** Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares. 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social** – Porto Alegre: Nûria Fabris ED., 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional** – 2002. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book. Disponível em <<http://lelivros.site/book/download-estado-de-direito-e-jurisducao-constitucional-gilmar-ferreira-mendes-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em 17 agosto 2015.

MOREIRA, Camila. **Fechamento imediato do Hospital de Custódia é defendido por defensora em audiência pública**, 2015. Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=13357](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13357)> Acesso em 22 jul. 2015.

O GLOBO. **Brasil mantém doentes mentais presos ilegalmente**. Disponível em: <<http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/reportagens/brasil-manteacutem-doentes-mentais-presos-ilegalmente-13515443>> Acesso em 21 jul. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS E CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Manicômios: Balanço da blitz na região Nordeste**. Publicada em 16 de agosto de 2004. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/2531/manicomios-balanco-da-blitz-na-regiao-nordeste>> Acesso em 14 jul. 2015.

PATARO, Oswaldo. **Medicina legal e prática forense**. São Paulo: Saraiva, 1976.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. A Criminalização da Loucura no modelo jurídico-terapêutico-punitivo-prisonal dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico In **Revista SJRJ**. Disponível em <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrrj/article/viewFile/428/363](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/viewFile/428/363)> Acesso em 16. jul. 2015

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal** – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General tomo I. Fundamentos. La estructura de La Teoría Del Delito**. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SASSINE, Vinícius. “Loucura Atrás das Grades - **Descaso e abandono em Saúde Mental** – II”. 6min 59seg. Disponível em: <<[https://www.youtube.com/watch?v=\\_B9p5Ju7T4g](https://www.youtube.com/watch?v=_B9p5Ju7T4g) > Acesso em:10 jul. 2015.

SASSINE, Vinícius. “**Vida no Cárcere - Descaso e abandono em Saúde Mental** – I”. 3min 57seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sQllakHiEjs>> Acesso em: 09 jul. 2015.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito penal e a dignidade da pessoa humana In **Ensaios sobre Direitos fundamentais e Inclusão social**. Dirceu Pereira Siqueira e Henry Atique (org.). 1ª ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria forense** – 2ª ed. porto Alegre: Artmed, 2012.

THOMÉ, José Toufic. **Brasil mantém doentes mentais presos ilegalmente**. Disponível em: <<http://www.psicoterapiabrasil.blogspot.com.br/2013/02/brasil-mantem-doentes-mentais-presos.html>> Acesso em 18 jul. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Aline. **Pacientes em hospitais de custódia vivem drama em Santa Catarina**, 2014. Disponível em: <<http://www.ndonline.com.br/florianopolis/noticias/145741-pacientes-de-hospitais-de-custodia-vivem-drama-em-santa-catarina.html>> Acesso em 19 jul. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9ª ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

# COMUNICAÇÃO: DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL (CIVILISTAS X PUBLICISTAS)<sup>1</sup>

Gilberto Haddad Jabur<sup>2</sup>

De pronto, endereço meus penhorados agradecimentos a todos docentes e colaboradores envolvidos neste VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito, do qual tenho a imerecida honra de participar, fazendo-o por intermédio do Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, assim como o faço na pessoa do estimado Professor Doutor Marco Antônio Marques Silva, da nossa PUC/SP, dos quais recebi gentilíssima acolhida. Ainda rogando vênha aos demais professores cujos nomes peço licença para não referir em obséquio ao compreensivelmente limitado tempo que também me caberá – mas genuinamente incluídos neste meu obrigado –, não posso deixar de pronunciar meu afetuoso agradecimento ao Professor Doutor Lafayette Pozzoli, sem cuja batuta esta sétima edição do Encontro de juristas luso-brasileiros não se aperfeiçoaria.

Registrada esta singela gratidão, afirmo-vos que comunicar-me após duas eminências jurídicas, ladeadas de outras tantas e percuientes mentalidades do Direito Privado, não é nada fácil. Em meio a esta plêiade de abrihantados juristas, minhas singelas

<sup>1</sup> Comunicação apresentada no VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Direitos Fundamentais: o exercício da cidadania), em 07.01.2016.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor em Direito Civil na PUC/SP. Participante do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado na pós-graduação da PUC/SP. Professor no Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS e na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Associado efetivo Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Membro da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP. Presidente da Cátedra de Família, associada à Faculdade de Direito da PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Privado. Membro do Conselho Científico da Associação de Direito da Família e das Sucessões – ADFAS.

considerações sobre o que pensam alguns a respeito da “sujeição” do Direito Privado aos cânones constitucionais seriam despidiendas. Todavia, delas não me furtarei, para não poupar os enriquecedores debates que, por certo, muito me acrescerão.

Não penetrarei a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, cujas origens podem-se dizer vinculadas à configuração socioeconômica da sociedade romana, basicamente fracionada em duas esferas de poder (pública e privada). Tampouco me dedicarei à investigação da decantada afirmação segundo a qual o Direito Civil estaria em crise. Sabe-se, evidentemente, que alguns sustentam a progressiva penetração axiológica e normativa sobre as relações jurídico-privadas, não só nos domínios do Direito Civil, núcleo do Direito Privado – consoante encarece o Professor Doutor José de Oliveira Ascensão –, mas bem além dos confins do Direito Civil, cujo redimensionamento ou reconfiguração experimentou indelévels e crescentes ajustes sobretudo a partir das industrialização da atividade produtiva com a qual sobrevieram marcantes abusos na exploração do trabalho humano. A alteração dos valores sociais daí decorrente era inevitável. Surgiram normas extravagantes à codificação civil, e, após, pelas mesmas e exigentes razões, microssistemas entre os quais destaque, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança do Adolescente e o Estatuto do Idoso, a partir de 1990. Pouco antes, contudo, precisamente em 1988, passou-se a notar, na então recém-promulgada Constituição Federal brasileira, aos 05.10.1988, carga normativa vivamente arraigada na dignidade humana e na justiça social sobre cujos alicerces passou-se a instalar toda uma ordem econômica e social. A Constituição Federal Brasileira de 1988 influenciou o alcance do Direito Privado, especialmente do Direito Civil, que ainda rege a faina ordinária, mas será que o teria alterado a ponto de se considerar que o Direito Civil tornou-se e se torna constitucionalizado?

Os valores e princípios fincados desde o pórtico da Carta Constitucional brasileira afixam a superposição da “dignidade humana”, ladeada pela “cidadania” e pelos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, todos inscritos no art. 1º de nossa CF, cujos pujantes efeitos se notam em nossa ordem jurídica.

Aqui recordo a importância do artigo inaugural da Constituição da República Portuguesa de 1976 – segundo o qual “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de

uma sociedade livre, justa e solidária” –, no qual nosso constituinte decerto se abeberou para editar os arts. 1º e 3º da nossa Constituição Federal, assim como nosso codificador civil, na elaboração do Código de 2002, abeberou-se em diversos dispositivos do Código Civil Português de 1966.

Sobrepôs-se o neoliberalismo que arredava a intervenção do estatal nos confins da autonomia privada. O edifício jurídico recém-alterado com a Constituição Federal de 1988, no Brasil, fundou-se na organização econômica e social de cujo núcleo decorreram preocupações éticas em razão das quais se repensaram alguns temas de Direito Privado, primordialmente em homenagem a sua função social, assim como se abafou o exacerbado individualismo jurídico que, durante muito tempo, posicionou o proprietário e os contratantes em *locus* normativo diferenciado e frequentemente inatingível. No entanto, a propriedade e a lei contratualmente estabelecida em conformidade com os contornos do Direito Civil, cujo conteúdo e alcance foram olímpicamente majorados pelo *Code Napoléon*, passaram a se sujeitar à hermenêutica menos privatista em franca homenagem ao Estado Social recém-erigido, o que, todavia, não alterou o Direito Privado, mas nele embutiu renovada preocupação com a função social do contrato e da propriedade notadamente. Não só, contudo. O Direito de Família passou a se sujeitar especialmente aos novos ditames constitucionais, que a ele atribuíram proteção especial (Constituição Federal, art. 226).

Mas pretendo dedicar os poucos minutos que ainda me restam ao trato de um tema que me parece caríssimo, não menos importante do que os direitos promotores do bem-estar da família, mas, porque essenciais e irremovíveis, alguns inatos e vitalícios, intransferíveis e irrenunciáveis, penso que mereçam especial atenção. Falo dos direitos imprescindíveis ao pleno e saudável desenvolvimento das virtudes biopsíquicas do ser humano, alguns dos quais igualmente necessários à consecução dos desideratos das pessoas jurídicas (ou coletivas, entre vós, conforme se nota a partir do art. 33º do Código Civil Português). Refiro-me aos direitos da personalidade, ou de personalidade entre vós (Código Civil Português, art. 70º). Esses sublimes direitos, embora não sejam da personalidade propriamente – mas decerto da pessoa, ossatura que os suporta –, são naturalmente vocacionados ao resguardo dos prolongamentos e projeções humanas, cujo assento é genuinamente civil. Mas, à falta de adequada proteção no seio do Direito Privado, ditos e superlativos direitos – superlativos entre si, não em si –, foram



ordinariamente se constitucionalizando com a marcha do tempo, para obstar o desmedido arbítrio do Estado sobre o particular. À medida que o ordenamento infraconstitucional os reinstalou no *locus* apropriado, no seio da Parte Geral do Código Civil, tão logo ali cuidou do sujeito de direitos – especialmente em Portugal, no Brasil, na Itália, no Quebec e timidamente em França –, seu tratamento adquiriu a desejada e necessária sistematização no âmbito do Direito Privado. São direitos iluminados e preservados à luz e por causa da dignidade humana, que dita e limita o alcance de qualquer direito. Essa tal de dignidade humana se manifesta sob o influxo dos direitos inerentes à construção humana, fundamentais no âmbito constitucional, mas da ou de personalidade no âmago do Direito Privado. Se ali, na Constituição Federal, são direitos públicos autônomos e cá, no Direito Privado, são direitos subjetivos, igualmente dotados de autonomia, o que voga bem mais do que essa acadêmica distinção, é a consagração de aplicação horizontal dos direitos ditos fundamentais nas relações privadas, bem além do contrato.

Aqui se nota – mas decerto não só aqui – saudável, mas decerto limitada, interferência da força normativa da Constituição nos domínios do Direito Privado. Não mais se disputa, também entre nós – e creio que entre vós igualmente, consoante se vê pelo art. 18º da Constituição da República Portuguesa –, a imediata eficácia das normas constitucionais devotadas à tutela dos direitos ditos fundamentais, em toda sua extensão. A proteção ao direito à vida, à integridade somática, que dela naturalmente deriva, à honra, à própria imagem, à privacidade, ao direito moral do autor de obra intelectual, para citar apenas alguns direitos da personalidade, recebeu tamanha e louvável insuflação constitucional que, passada pouco mais de uma década, tomaram assento no Código Civil brasileiro, de 2002, e, até antes, em legislação extravagante, como é o caso da Lei de Direitos Autorais, de 1998, alterada em 2013, para dispor sobre a gestão coletiva desses direitos.

Se entre nós, a força normativa da Constituição recalibrou alguns institutos de Direito Privado (por meio da função social do contrato e da propriedade, assim como da especial proteção endereçada à família, *v.g.*), de sorte a promover novos contornos aos dispositivos de nosso Código Civil que a se ocupam de tais e quais institutos – se sem perder de vista que dito Código foi promulgado 14 anos após a edição da atual Constituição Federal Brasileira, referindo-me aos direitos da personalidade, à função social da propriedade e do contrato, e à família, entre vós, diversamente, se

nota que, passados 10 anos da edição do Código Civil de 1966, dele decorreram caríssimas inserções no vosso texto constitucional, especialmente – e peço vênias para a eles me ater – aos direitos de personalidade, que se projetam sob o influxo da dignidade humana, cuja tutela jurígena, instalada já no art. 1º, foi superiormente pronunciada no art. 26º também da vossa Magna Carta, que incorporou e fez reluzir o feliz apreço ao livre desenvolvimento da personalidade, da cidadania, do bom nome, da honra, da imagem, da reserva da intimidade, entre outros.

Penso, portanto, com a vênias dos doutos, que o nem sempre o Direito Civil se constitucionaliza. Vez outra, e como autêntico fruto da maturação de temas genuinamente privados, é a Constituição Federal que é civilizada.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Elisângela Padilha<sup>1</sup>

Carla Bertoncini<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

À família sempre coube um papel essencial na vida do homem, representando o modo pelo qual este se relacionava com o meio em que vivia.

No decorrer de cada conjuntura histórica, a organização sócio-familiar foi sendo moldada e adaptada em consonância com os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. De tal modo que, ao fenômeno familiar, implica reconhecer um constante processo de mutação e evolução, eis que influenciado por valores variados decorrentes de circunstâncias de uma determinada época e espaço.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Graduada em Comunicação Social: Publicidade e Propaganda pela Universidade de Marília – UNIMAR. Atualmente é advogada e professora nas disciplinas de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos Humanos e Fundamentais no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Autora da obra A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Atualmente é advogada. Também é professora no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e professora no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

Nas sociedades primitivas, as primeiras manifestações de família constituíram-se com base no instinto sexual, embora não formassem efetivamente uma família para os padrões organizacionais tal como é conhecida. Já no direito romano, a estrutura familiar era tipicamente patriarcal, destacando-se a soberania do *pater familias*, o casamento monogâmico e heterossexual. No período medieval, a organização familiar sofreu intensa influência religiosa, marcada pela ideia de indissolubilidade do casamento e imperatividade de procriação. Por sua vez, no mundo moderno, o casamento civil foi regulamentado, possibilitando o surgimento de outras modalidades de família. Já no mundo atual, o conceito de família sofreu significativas transformações oriundas do desenvolvimento das ciências, da tecnologia e dos costumes, a partir dos quais a legislação expandiu o seu caráter protetivo, adaptando-se a uma realidade fática, contemporânea, consignando o novo retrato da família, priorizando a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Sendo assim, a família hodierna apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Aquela estrutura rígida da família foi se alterando paulatinamente, alçando novas formas antes inconcebíveis e ganhando visibilidade no panorama legislativo em diversos países do mundo. A família casamentária e decorrente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas modalidades de família, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável, enfim, a lista dos múltiplos arranjos familiares é extensa.

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ocorreram expressivas transformações na estrutura da sociedade e na própria vida das pessoas. Dentre tais mudanças, destaca-se a busca pelo bem estar de todos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, que ocasionaram um alargamento das relações pessoais, as quais certamente contribuíram para o surgimento de novas estruturas familiares. De lá para cá, aquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual, assistiu à gradual preponderância da afetividade, do respeito, da solidariedade e da liberdade, como elementos na sua composição. Vale dizer, a família tornou-se dinâmica, flexível e não sacralizada.

Desde então, verifica-se que tentar compreender a família apenas sob um ângulo de observação, isolada dos mais variados campos do conhecimento, é enxergá-la de forma míope, desvirtuada de sua real feição. Sem dúvida, torna-se necessária a compreensão da dinâmica e complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para esses novos arranjos familiares suscetíveis às influências da nova sociedade.

O fato é que, embora, de modo geral, a sociedade tenha sido mais civilizada e tolerante quanto às novas estruturas familiares, especialmente com aquelas formadas por casais homoafetivos, os valores patriarcais e o conservadorismo social persistem. Apesar das inúmeras mudanças registradas no perfil da família brasileira, alguns grupos ainda insistem em discursos incoerentes com o atual modelo histórico da família, defendendo a manutenção do modelo monogâmico, centralizado na autoridade paterna e, rotuladamente, heterossexual, tal como ocorreu na aprovação do Estatuto da Família aprovado recentemente, que representa verdadeiro retrocesso. Vale dizer, o Estado, de mero fiscalizador (art. 226, §7º, CF), passa a atuar de maneira intensa e incondicionalmente na vida privada dos cidadãos.

É incontroverso que o direito privado deve sofrer os influxos das opções valorativas do legislador constituinte. No entanto, não se deseja um Estado paternalista que atue imperativamente no âmbito da autonomia privada. Não se pode, sobretudo, perder de vista as especificidades do direito privado, pois este não pode estar separado, tampouco pode ser absorvido pelo Estado.

Enfim, como proteger juridicamente essa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção do Estado?

Parte-se da premissa de que as pessoas possuem a capacidade de decidirem pelas diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar.

Sendo assim, este estudo visa analisar o dever do Estado Democrático de Direito de reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional, dela

extraindo-se a sua tutela. Este trabalho tende, enfim, a propor uma reflexão acerca do papel protetivo do Estado Constitucional perante essa realidade sociológica que são os novos arranjos familiares.

Apesar das inúmeras modificações e do nítido avanço obtidos com a Constituição Federal de 1988, o fato é que as dificuldades e o preconceito em acolher as diversas formações familiares ainda persistem. Valores constitucionais, tais como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana não são respeitados, o que enseja em marginalização desses grupos na sociedade.

À luz dessas considerações, a realização da pesquisa é de fundamental importância para esse debate sobre a família brasileira, pois contribuirá para os ulteriores desdobramentos, diante da necessidade de se regular e proteger esses novos arranjos familiares e os protagonistas da vida familiar.

## 1 DICOTOMIA: DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certo modo, a superação de uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico: o direito público e o direito privado. Deste modo, é necessário percorrer as razões que deram origem a essa diferença, a sua evolução, e por qual motivo tal diferenciação foi relativizada.

Sob o ponto de vista da igualdade e desigualdade, Norberto Bobbio afirma a existência da dicotomia entre o público e o privado, nos seguintes termos:

Com base na *forma* da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual, e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de subordinação. Com base na *matéria*, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa dos *interesses coletivos*, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos (BOBBIO, 1984, p. 83).

Para Daniel Sarmento, a dicotomia entre o público e o privado, sobre o ponto de vista da igualdade e desigualdade, reside na distinção na relação de autoridade e subordinação nas relações estabelecidas entre o Estado e o cidadão (público). Por sua vez, no Direito Privado, impera a paridade e coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade (2005, p. 31).

Importante ressaltar que o estudo da distinção entre o direito público e o privado sempre vem acompanhado de certo valor axiológico, na medida em que é recorrente a afirmação de que existe supremacia do direito público sobre o privado.

O fato é que, independentemente das distinções que sempre são feitas a partir de critérios variados, originariamente, o direito público e o privado viviam em mundos apartados. Portanto, faz-se necessária um estudo acerca do surgimento dessa dicotomia e sua repercussão no mundo jurídico.

### 1.1 A PREVALÊNCIA DO PRIVADO SOBRE O PÚBLICO

Importa enfatizar que a recorrente afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado admitiu alternâncias ao longo da história. Já a evolução não ocorreu de forma linear, ao contrário, verifica-se uma oscilação de modo cíclico.

Na antiga Grécia, já existia certa relação do público com o privado, haja vista que havia uma participação direta dos cidadãos, na tomada de grandes decisões, no que dizia respeito aos interesses da comunidade. Dentre tais decisões, destacam-se a votação de leis e o julgamento de seus semelhantes em processos públicos mais relevantes. Já em Roma, ao contrário, existia uma nítida separação entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos na esfera pública.

Na era medieval, ocorreu certa absorção do público pelo privado, eis que os senhores feudais exerciam verdadeira função pública (FACCHINI NETO, 2006, p. 18).

Com o desenvolvimento do Estado moderno, novamente há uma inter-relação entre o público e o privado, pois era evidente o interesse da burguesia emergente no fortalecimento da monarquia nacional, pois isso poderia proporcionar, em especial, o crescimento do comércio e a redução das taxas alfandegárias. Da mesma forma, preocupava-se o monarca com o fortalecimento da burguesia, eis que

com isso, poderia cobrar tributos cada vez mais altos e obter maiores empréstimos para o financiamento de suas campanhas militares e outros empreendimentos.

No entanto, por volta do séc. XVIII, a divisão dicotômica entre o público e o privado se mostra mais intensa. O direito público passa a ser visto como o ramo do direito voltado a disciplinar a sociedade civil e a área econômica. Por sua vez, surgem os primeiros Códigos civis, e as relações privadas passam a se desenvolver a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (áreas essas que o Direito Público não podia interferir).

Por sua vez, a partir da Revolução Francesa, o direito privado torna-se também burguês, na medida em os Códigos passaram a regular toda a sociedade a partir das ideologias e anseios de um fragmento dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa.

Segundo Flávia Piovesan, “há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade” (1998, p. 130).

Nesse período, os códigos civis desempenhavam o papel de verdadeiras constituições na esfera do direito privado. O direito de propriedade e a autonomia privada eram protegidos como autênticos direitos fundamentais, de maneira quase absoluta. Desta forma, o direito civil oferecia uma espécie de suporte à burguesia para que esta exercesse a sua liberdade sem intervenções do Estado. Daí a importância secundária do direito constitucional.

Já as normas constitucionais daquela época somente tutelavam a autonomia privada para que não houvesse intromissões estatais.

Nesse universo, o direito civil e o direito constitucional percorriam trilhas distintas, cada um com seu próprio domínio de incidência. Aliás, o direito constitucional sequer estabelecia princípios que pudessem disciplinar as relações jurídicas privadas. Como tais constituições não eram rígidas e, portanto, podiam ser alteradas a qualquer tempo, o *Code Civil* sempre simbolizou a estabilidade da sociedade civil, pois vigora há mais de duzentos anos.

Assentadas tais premissas, resta evidente que o legalismo imperava nessa época. Segundo Nelson Saldanha, ambas as regulamentações jurídicas possuíam uma característica em comum –



tratava-se da “concepção legalista e escritural do Direito” (SALDANHA, 1987, p. 78). Por sua vez, a atividade jurisdicional estava reduzida a uma operação técnica, ou seja, o juiz deveria observar os fatos e encontrar a regra legal em um catálogo de leis que resolveria o problema.

## 1.2 A PREVALÊNCIA DO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A era das codificações representou, de certo modo, a prevalência do direito privado sobre o direito público. No entanto, esta relação se inverte no período do constitucionalismo social dos países ocidentais, que sucede ao pós-guerra (FACCHINI, 2006, p. 23-24).

Na esfera do direito privado, diferentemente do período anterior no qual predominava o individualismo, agora a vontade dos particulares começa a ser limitada, especialmente pelos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Os códigos, no período anterior, representavam o centro de todo o ordenamento jurídico privado, na medida em que regulavam as relações privadas, sob a proteção da autonomia da vontade. Todavia, ao passo em que as novas constituições, com certo olhar para o futuro, pretendiam transformar a sociedade, os novos códigos passaram, também, a ter um caráter promocional. A função dos códigos não se resumia a proteger ou a reprimir os atos que lhes eram contrários, mas, sim, a estimular e encorajar a promoção de atos considerados socialmente úteis (BOBBIO, 1977, p. 13-32).

Com a adoção de microssistemas como, por exemplo, a Lei de Locações, o CDC e o ECA, inicia-se a chamada *era dos estatutos*.

## 1.3 A RELATIVIZAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Modernamente, sob o ponto de vista jurídico, é possível afirmar que o direito público e o direito privado não caminham em sentidos antagônicos. Isto porque o Estado cada vez mais se aproveita de alguns institutos jurídicos do direito privado quando, por exemplo, celebra contratos com os particulares (nas privatizações).

Por sua vez, o direito privado também percorre as trilhas do direito público na medida em que inúmeros institutos do direito privado passaram a ser protegidos pela Constituição. Sobre este

enfoque, destaca-se a função social da propriedade, a função social do contrato, a função social da empresa, a função social da família que, de simples instituição ou mero agrupamento humano baseado em laços sanguíneos, passou a ser reconhecida como um espaço de busca de felicidade e de realização pessoal de cada um de seus membros.

Acerca da relativização da autonomia privada, avalia Konrad Hesse:

La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se transpasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea. (1995, p. 78-79).

Enfim, após tantas alterações conceituais ao longo da história, direito público e direito privado tiveram seus significados originários modificados. Para Maria Celina Bodin de Moraes, “o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão” (MORAES, 1993, p. 26). Seria o fim das dicotomias? É indubitável que as diferenças existem (e devem mesmo existir), no entanto, aquela dualidade radical foi atenuada no decorrer das últimas décadas, na medida em que a Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro do ordenamento jurídico. As diferenças hoje existentes são puramente quantitativas, pois existe um predomínio dos interesses individuais no direito privado, ao passo que prevalecem os interesses da sociedade no direito público.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

A constitucionalização do direito privado trouxe reflexos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. No Brasil, o fenômeno deve ser analisado em duas fases. Na primeira delas, verifica-se que alguns temas que antes eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.), passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas. Estas passaram, inclusive, a tratar de normas de Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Processual. Mas esta é apenas a fase inicial da constitucionalização do Direito, fase esta chamada por alguns estudiosos de *relevância constitucional das relações privadas* (ALPA, 1994, p. 8).

Importante destacar, ainda, que o fenômeno da constitucionalização ocorreu, inicialmente, na Alemanha e, em seguida, na Itália. Já nos países de democratização tardia, tais como Portugal, Espanha e, especialmente, no Brasil, a constitucionalização é recente, embora bastante intensa.

Deste modo, na segunda fase, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma supremacia formal, material e axiológica. Isso conduziu, aqui, ao fenômeno chamado de constitucionalização do direito (ou *filtragem constitucional*) que é a leitura de toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz da Constituição. É a partir da Constituição, portanto, que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado (BARROSO, 2005, p. 2).

Sendo assim, a partir da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais ganharam força, alterando o sentido e o alcance de todas as normas infraconstitucionais, com grande repercussão, inclusive, sobre a atuação dos Três Poderes e nas suas relações com os particulares.

Deste modo, o fenômeno da constitucionalização no Brasil vai muito além do fato de que a Constituição Federal de 1988 passou a tratar de disciplinas próprias do direito privado. O fenômeno deve ser entendido sob a ótica da hermenêutica contemporânea, em um ambiente em que toda matéria verdadeiramente importante carece de interpretação constitucional – direta ou indiretamente.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que "a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo" (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 45).

Nesse ambiente, o direito civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização. O antigo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, acaba sendo esfacelado pela edição de várias leis específicas tratando de temas como divórcio, locação, sociedades empresariais, filiação, criança e adolescente, alimentos, etc. Enfim, uma verdadeira *descodificação* (fragmentação) do direito civil.

Daí falar-se em *repersonalização* (ou *despatrimonialização*) do direito civil. O homem passou a ser o centro do direito civil e o patrimônio deixou de ser o centro das preocupações privatistas. Sobre o maior relevo dado à pessoa, Pietro Perlingieri salienta que "os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico" (1983, p. 2).

Além disso, por consequência da constitucionalização do direito civil, alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, acabaram migrando para o âmbito do direito privado. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, "a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais" (SARLET, 2004, p. 311).

Por outro lado, diante de tantos novos estatutos tratando de temas do direito privado, é preciso garantir certa unidade sistemática por meio de interpretação constitucional. Sobre o tema, Pietro Perlingieri ressalta que "o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional" (1999, p. 6).

Nesse sentido, objetivando trazer harmonia ao ordenamento jurídico, em consequência do caráter normativo da Constituição, todas as leis e atos da administração pública devem ser interpretados à luz dos valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Mas também ao Judiciário impende invalidar os atos legislativos que sejam incompatíveis com a Constituição, desde que não haja inovação na ordem jurídica. O debate, todavia, é complexo e carece de outros estudos.

Em suma, o fenômeno da constitucionalização implica na irradiação de todos os valores constitucionais por todo o sistema jurídico. Disto resulta a aplicação direta da Constituição Federal de 1988 a diversas pretensões ou a interpretação das normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais. Em especial, o Direito Civil brasileiro tomou como norma vinculante os princípios constitucionais.

O grande desafio, no entanto, é superar um antigo problema, a distância abismal entre a proclamação dos valores constitucionais e a efetivação.

## 2.1 NOVOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Necessário reconhecer que a mudança de paradigmas no direito privado, decorrente da releitura imprescindível de todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal de 1988, promoveu uma verdadeira reestruturação no Direito de Família, agora implementado por novos princípios.

### 2.1.1 Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU reconheceu no primeiro parágrafo de seu preâmbulo um valor ético que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali previstos, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Todavia, não é tarefa fácil conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Immanuel Kant, é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua

vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais (2002, p. 56, 62-63).

Para Jürgen Habermas, no entanto, a dignidade humana não é uma propriedade inata ou biológica dos indivíduos, como a inteligência ou a cor dos olhos, as quais eles possuem por natureza, mas ela consiste em uma espécie de inviolabilidade que assume significado somente nas relações interpessoais de mútuo respeito, decorrente da igualdade de direitos presentes nas relações entre as pessoas. (2003, p. 33).

Verifica-se, portanto, que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana deve ser o ponto central da discussão atual envolvendo as relações familiares.

### 2.1.2 Princípio da Igualdade

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade.

“Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”, afirma Boaventura de Souza Santos. (2009, p. 18).

Para Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (2011, p. 87).

No Direito de Família, é necessário combater a discriminação em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade.

### 2.1.3 Princípio da Liberdade ou da Não-Intervenção

A Constituição Federal de 1988 reconhece um amplo rol de liberdades. Por sua vez, o artigo 1513 do Código Civil dispõe que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família.

Segundo Thomas Hobbes, “por liberdade entende-se a ausência de impedimentos externos; impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder de cada um fazer o que quer”.

José Afonso da Silva afirma que liberdade consiste na “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. (2002, p. 232).

Já Daniel Sarmento conceitua liberdade como “o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses”. (2005, p. 188).

Sendo assim, a garantia de que cada indivíduo atue de forma livre, autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática.

No que concerne ao Direito de Família, cabe a cada indivíduo decidir com quem vai se relacionar. Deve existir uma esfera de atuação meramente privada. O papel do Estado acerca do casamento é sair do caminho e, quando isso não for possível, deve exercer o seu papel garantindo que as pessoas possam conduzir suas vidas e de suas famílias da forma que acharem melhor.

No entanto, de nada adianta atribuir poder ao indivíduo para que tome decisões segundo as suas convicções, sem que lhe seja dado subsídios e condições para que tais escolhas sejam concretizadas. A igualdade de ordem puramente formal não satisfaz. Em síntese, o Estado deve propiciar o exercício efetivo da liberdade, deve garantir que as pessoas possam livremente decidir a respeito de sua personalidade, das suas escolhas afetivas e sexuais, das questões existenciais, ainda que estas estejam dissonantes daquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual.

### 3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

A Constituição Federal de 1988 erigiu a família como base da sociedade e, conseqüentemente, conferiu-lhe especial proteção do Estado. Mas quando se diz que a família é o núcleo essencial da sociedade, é preciso ter claro que não se faz referência àquela família tal como concebida historicamente, ou seja, aquela composição familiar patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada, predominante no século anterior e no Código Civil de 1916. Tampouco se faz referência ao que foi decidido pela comissão especial do Estatuto da Família, ao aprovar a redação do Projeto de Lei nº 6583/2013, que define a família como “o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher”. Quanto à isto, não há dúvidas de que o Brasil levantou a bandeira do retrocesso, pois a dignidade da pessoa humana acaba de ser negada. Refere-se, no presente estudo, à família tal como ela é hoje: plural.

Nesse contexto, Zigmunt Bauman, em suas obras *Tempos líquidos*<sup>3</sup> e *Amor líquido*<sup>4</sup>, aborda a as relações humanas, que se tornam cada vez flexíveis, em um mundo propenso a mudar com rapidez e de forma imprevisível, em um mundo que se torna cada vez mais virtual do que real, afetando os conceitos de família e comunidade.

Sendo assim, quando se fala em novos arranjos familiares, refere-se às diferentes modalidades de convivência familiar e que têm o vínculo afetivo como sua principal característica. Passou-se a falar em entidade familiar, atentando-se muito mais ao afeto que une seus integrantes do que à sua forma. Para Luiz Edson Fachin, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. (1999, p. 10).

Logo, o princípio da afetividade, entrelaçado a outros princípios, passou a nortear toda e qualquer decisão ou concepção acerca desses novos arranjos familiares.

Conforme já mencionado, a Constituição Federal de 1988 também trouxe expressivas transformações, pois a partir de seus

<sup>3</sup> BAUMAN, Zigmunt. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

<sup>4</sup> BAUMAN Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.



princípios fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, rompeu definitivamente com antigas concepções já consagradas, tais como a ilegitimidade dos filhos, uma vez que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; a superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. (PEREIRA, 2003, p. 14). Com relação às novas formas de convívio, a Constituição acolheu os anseios da sociedade e abarcou pelo menos três, quais sejam: a família proveniente do casamento, a família proveniente da união estável e a família monoparental.

Todavia, apesar dos significativos avanços trazidos pela Constituição, o fato é que várias outras formas de convivência familiar não foram inseridas no texto constitucional – o que, a princípio, leva a crer que elas não existem ou, se existem, não constituem entidades familiares e, portanto, não merecem a devida tutela do Estado.

De qualquer modo, a lista dos diversos arranjos familiares é bastante extensa e a família casamentária passou a coexistir com a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, recomposta, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, barriga solidária etc. (PEREIRA, 2003, p. 13). **Tais mudanças no perfil da família brasileira, nas últimas décadas, foram registradas pelo IBGE.**

Como, enfim, proteger juridicamente essa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção do Estado? Neste sentido, assevera a professora Giselda Hironaka:

(...) biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago; se o de pai, se o de mãe, se o de filho. O que importa é pertencer ao seu âmago; é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal. (1999, p. 8).

O fato é que as pessoas possuem a capacidade de decidirem pelas diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e

práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar. Ao contrário, cabe ao Estado reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Afirmar que os direitos fundamentais vinculam o Estado beira a banalidade (VIEIRA, 2001, p. 2012), embora o art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988 tenha se limitado a proclamar a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sem, contudo, prever a vinculação dos Poderes Públicos. Essa ausência, todavia, não elide a responsabilidade estatal de respeitar, proteger e promover ativamente os direitos fundamentais, especialmente no âmbito das relações familiares. Aliás, não existe ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1992, p. 591, apud, SARLET, 2012, p. 374).

O art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Trata-se de um instrumento de extrema relevância para os direitos fundamentais, mas que suscita controvérsias quanto ao significado e alcance da aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais, por força do art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988, são normas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na medida em que estão investidos do poder-dever de promover as condições necessárias para tornar os direitos fundamentais reais e efetivos. Trata-se da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Sendo assim, no que concerne à vinculação do Poder Legislativo, este se encontra proibido de editar leis contrárias aos direitos fundamentais. Vale dizer, não são as leis que definem o conteúdo dos direitos fundamentais, mas estes é que constituem verdadeiros parâmetros na elaboração daquelas. A vinculação do Legislativo, enfim, não se resume à proibição de edição de leis contrárias aos direitos fundamentais, mas, especialmente, ao dever de uma proteção ativa, no sentido de elaborar leis que busquem aprimorar a legislação vigente harmonizando-a com os direitos fundamentais.

No que tange ao Direito de Família, objeto do presente estudo, é preciso legitimar os novos arranjos familiares, pois na medida em que o conceito de família foi flexibilizado em seu desenvolvimento histórico, esta adquiriu um caráter eminentemente social e passou a ser identificada pelo afeto.

É indiscutível que o Legislativo não consegue prever ou acompanhar todas as necessidades humanas, haja vista que estas são inúmeras e não obstante se transformam com o decorrer do tempo, igualmente adquirem contornos variados conforme o caso concreto. Por outro, a partir da constatação e reconhecimento dessas novas modalidades de família, o Direito não poderá negar os seus efeitos jurídicos, mas tão somente criar instrumentos jurídicos hábeis para possibilitar o exercício dessas práticas em que o desejo se manifesta.

É preciso, sobretudo, respeitar o direito à liberdade na formação familiar, no sentido de conferir aos indivíduos o direito de constituição de determinada entidade familiar, de planejamento da prole, de acesso às diferentes vias de filiação – natural, adotiva ou decorrente de assistência às técnicas de reprodução assistida, segundo os seus valores mais íntimos.

É preciso, ainda, que seja respeitados os direitos da personalidade, possibilitando às pessoas o direito de autodeterminação, de individualidade.

Enfim, é preciso incluir no quadro legislativo a proteção dos novos arranjos familiares, considerando o direito à liberdade, igualdade e a dignidade humana como fundamentos estruturantes. Segundo Dimitri Dimoulis, “Um direito que não consegue regulamentar as relações sociais de forma que corresponda aos anseios da população não encontra aceitação e perde sua legitimidade” (2013, p.255).

Deve-se reconhecer também a vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais. Significa que os órgãos administrativos devem executar as leis e pronunciar as suas decisões em consonância com os direitos fundamentais.

Importante lembrar que, na esfera da discricionariedade que dispõe o Poder Público, a prática de atos administrativos contrários aos direitos fundamentais poderá dar ensejo à invalidação judicial desses atos.

Por fim, no que tange à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, estes devem determinar e direcionar não apenas as decisões judiciais, como também todos os atos praticados no exercício das funções jurisdicionais.

Além disso, o Judiciário ainda exerce o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos públicos, declarando a inconstitucionalidade dos atos contrários à Constituição do Brasil de 1988 e, de modo especial, aos direitos fundamentais. Aliás, as próprias decisões judiciais que ofenderem aos direitos fundamentais poderão ser fiscalizadas pelo STF, na condição de guardião constitucional.

Também compete ao Judiciário, com sensibilidade e prudência para não ultrapassar os limites contidos no sistema jurídico, interpretar e aplicar os textos legais em consonância com os direitos fundamentais, adequando-os ao Direito, mantendo-os vivos, quando houver eventual lacuna. Tem-se a necessidade, enfim, de um Judiciário que explore mais as potencialidades da Constituição, investindo em interpretação principiológica e prestigiando, especialmente, os direitos fundamentais nas relações familiares. Tudo isto, certamente, não transforma o Judiciário em legislador e, conseqüentemente, não oferece riscos à democracia.

O Judiciário pode e deve assegurar a eficácia desses direitos sem, contudo, trazer riscos para a legitimidade democrática, utilizando-se ainda do instrumento fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em um Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade da pessoa humana, cada pessoa possui uma esfera de liberdade e autonomia individuais que deve ser assegurada pelo Estado. Por isso, a violação aos direitos fundamentais deve ser rechaçada por todos, quer ela decorra do Poder Público ou do Poder Privado.

Por derradeiro, é evidente que o Estado deve respeitar, proteger e promover ativamente os direitos fundamentais no que tange aos novos arranjos familiares. Todavia, não se deseja um Estado paternalista que atue invadindo e limitando, demasiadamente, a esfera da autonomia pessoal. Deve existir uma esfera mínima de atuação exclusivamente privada, que fique longe do domínio estatal,

em que os indivíduos são livres para escolher as pessoas com quem vão se relacionar, podem associar-se com quem quiserem e pelos motivos que quiserem, podem negar-se a entrar em determinado estabelecimento por quaisquer motivos, e podem ainda regular todas estas situações por meio de um contrato com o conteúdo que quiserem. (UBILLOS, 2006, p. 335).

De todo o exposto, necessário se faz nutrir-se de várias maneiras de encarar a realidade das famílias contemporâneas. (SALLES, 1994, p. 160). É preciso, por meio de uma hermenêutica extensiva da legislação, estender as relações familiares para além do direito positivado, ao contrário de engessá-las. Torna-se imprescindível, sobretudo, impedir que a história das exclusões perpetradas pelo Direito de Família se repita. Excluir determinados modelos familiares, tratando-os como mera sociedade de fato, significa retirar a dignidade das pessoas que os constituíram, negando-lhes uma série de direitos.

Enfim, deve-se buscar uma efetiva concretização dos direitos fundamentais que, dentre seus múltiplos papéis na sociedade, deve garantir a dignidade. Apesar dos avanços expressivos, ainda há uma longa trilha a percorrer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições que seguem.

A Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma supremacia formal, material e axiológica. Isso conduziu, aqui, ao fenômeno chamado de constitucionalização do direito que é a leitura de toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz da Constituição. É a partir da Constituição, portanto, que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado. Toda matéria verdadeiramente importante carece de interpretação constitucional – direta ou indiretamente.

Nesse ambiente, o direito civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização.

Além disso, por consequência da constitucionalização do direito civil, alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, acabaram migrando para o âmbito do direito privado.

O conceito de família também sofreu significativas transformações. A família casamentária e decorrente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas modalidades de família, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável etc.

Quando se fala em novos arranjos familiares, refere-se às diferentes modalidades de convivência familiar que prioriza a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Cada pessoa possui a capacidade de decidir por diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar. Ao contrário, cabe ao Estado reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais. Excluir determinados modelos familiares, tratando-os como mera sociedade de fato, significa retirar a dignidade das pessoas que os constituíram, negando-lhes uma série de direitos.

É preciso, enfim, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estejam comprometidos na busca por uma efetiva concretização dos direitos fundamentais nas relações familiares que, dentre seus múltiplos papéis na sociedade, deve garantir a dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Introduzione allo studio critico Del diritto privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, 2007, n. 16, maio, junho, julho, agosto.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática jurídica transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, 01 de novembro de 2005. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

BAUMAN, Zigmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BAUMAN Zigmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Édson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil**: uma análise crítica. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte; Del Rey, 1998.

FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **The Future of Human Nature**. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 1, abr./maio/jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 1, abr./maio/jun. 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo. Abril Cultural. Capítulo XIV.

KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphysic of Morals. In: PASTERNAK, Lawrence. Immanuel Kant: **Groundwork of the Metaphysic of Morals**. New York: Routledge, 2002, p. 56, 62-63.

\_\_\_\_\_. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**; Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, a. IV, n. 16, jan./fev./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Disponível em:

<[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1)>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SALLES, Vania. **Novos olhares sobre a família**. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/rev\\_inf/vol11\\_n2\\_1994/vol11\\_n2\\_1994\\_4a\\_rtigo\\_159\\_170.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/rev_inf/vol11_n2_1994/vol11_n2_1994_4a_rtigo_159_170.pdf)>. Acesso em: 19 de setembro de 2014.

SALDANHA, Nelson. **Conceituações do Direito**: tendência privatizante e tendência publicizante. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 81, 1987, jan./março.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188).



SANTOS, Boaventura de Souza de. **Revista de Direitos Humanos: o Desafio da Interculturalidade**. n. 2/Jun./2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”. In **Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

# O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Luiz Gustavo Boiam Pancotti<sup>1</sup>

Heloisa Helena Silva Pancotti<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O Sistema de Seguridade Social é uma ação integrada que compreende a atuação conjunta da Assistência Social, a Previdência Social e a Saúde, não possuindo relação a órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como de quaisquer das esferas dos entes políticos.

Assim, previsto como um dos direitos sociais inseridos no artigo 6º da nossa Carta Constitucional, permite-se compreender que se trata de direitos que o indivíduo possui em face do Estado e que lhes legitimam a cobrar-lhe o fornecimento de condições adequadas para seu desenvolvimento como ser humano, garantido o mínimo existencial. São, por assim dizer, recebimento de prestações do Estado, seja de entidades públicas ou privadas, como o direito à saúde, à segurança social, à proteção no desemprego involuntário, à instrução, dentre outros. Portanto, na busca da concretização dos direitos sociais, o ser humano alcança identidade própria que os distinguem dos demais, mas ao mesmo tempo usufrui das mesmas prerrogativas que lhe garantam o piso vital mínimo.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Norte do Paraná – UENP – Jacarezinho/PR; Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP; Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Unimes/Santos-SP e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogado e Consultor Jurídico, Professor de Direito das Relações Sociais da UNIMEP - Lins/SP, Professor de Direito da UNITOLEDO de Araçatuba/SP, e Professor da Pós Lato Sensu de Direito Previdenciário das seguintes instituições: UEL, UNIVEL, UNIVEM e UNITOLEDO ([www.advocaciadireitopublico.com.br](http://www.advocaciadireitopublico.com.br))

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP, Especialista em Direito Processual pela UNITOLEDO de Araçatuba/SP e Advogada Previdenciária.

Neste trabalho buscar-se-á a aplicação do princípio da solidariedade em face do custeio da previdência social e seus reflexos práticos na concessão dos benefícios.

## 1 CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL

### 1.1 FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

No financiamento da Seguridade Social toda a sociedade, de forma direta ou indireta, contribui para o seu fomento nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, diversificando sua base de custeio para a arrecadação de receitas que servirão de fonte para a prestação de seus serviços.

Ela tem caráter ordinário, uma vez que, em regra, todos poderão ser chamados a contribuir. Isto quer dizer que, independentemente da qualidade dos componentes passivos da relação jurídica tributária, de pertencerem ou não a um determinado grupo ou categoria de classe social, existirá arrecadação de recursos para o seu funcionamento. Trata-se da denominada referibilidade<sup>3</sup>.

Com efeito, o orçamento da seguridade social, composto por receitas oriundas dos entes públicos, é observado como uma modalidade indireta de financiamento. O financiamento indireto decorre justamente da arrecadação dos tributos observado os planos orçamentários previstos no art. 165 da Constituição da República<sup>4</sup>.

Por sua vez, as receitas derivadas de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social se traduz em uma modalidade direta de fonte de custeio, conforme artigos 195, § 2º da CF/88 c.c. artigo 11 da lei 8.212/91<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2008, p.443-445.

<sup>4</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...)

<sup>5</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Assim, diante da forma direta da base de seu financiamento, o Sistema de Seguridade Social conta com orçamento próprio, independente do orçamento fiscal. Desta independência, se extrai o dever de agir de forma a zelar pelos interesses sociais, incumbindo o Poder Público de gerir a sociedade de maneira precípua, com observância aos princípios da ética, com prevalência na dignidade da pessoa humana. Tudo isto sem prejuízo da aplicação do princípio da relevância, da responsabilidade, em que se deve preservar hoje, para que sua atuação não seja destruidora das futuras possibilidades de vida.

Isto porque o princípio que rege a forma de financiamento do Sistema de Seguridade Social é pautado no postulado da repartição simples de caráter intergeracional. Diz-se de repartição simples, pois aqueles que exercem atividade remunerada, seja com ou sem vínculo empregatício, os empresários e empregadores, os importadores de bens e serviços, bem como as receitas decorrentes de concursos de prognósticos fornecem subsídios nos termos do art. 195 da Constituição Federal para o funcionamento da máquina de proteção social. Neste mecanismo, o Sistema de Seguridade Social transfere a responsabilidade do custeio dos direitos à todas as pessoas a fim de conferir um ideal de proteção social plena e universal nas três esferas de atuação (saúde, assistência e previdência). Diz-se de caráter intergeracional, pois no Sistema de Seguridade Social há transferência da responsabilidade de custeio dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social à todos os contribuintes, inclusive segurados da previdência social, aposentados ou não. Assim, as gerações futuras serão mantenedoras dos serviços

---

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

- I - receitas da União;
- II - receitas das contribuições sociais;
- III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;
- b) as dos empregadores domésticos;
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;
- d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;
- e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

daqueles que estão atualmente contribuindo, e assim sucessivamente.

É neste mister que se observa a excelência que representa a solidariedade, idealizado pelo Estado do Bem-estar Social. Permite-se se dizer que se trata de pacto entre gerações, onde as contribuições recolhidas atualmente pelos cofres públicos financiam hoje as prestações sociais da geração precedente, sendo que no futuro as próximas gerações irão custear os encargos sociais da presente geração de contribuinte.

Vale observar um fenômeno que decorre justamente da pirâmide social onde se nota a transformação da sociedade brasileira: até os meados do Século XX, mais na sociedade agrária do que na urbana, a família sempre numerosa, propiciava uma estrutura demográfica onde havia uma população predominantemente jovem e baixa população velha. Assim, naquela época a fonte de contribuição era mais ampla e abrangente, em contraponto com as baixas despesas a serem suportadas com o serviço de saúde, assistência e previdência social<sup>6</sup>. Atualmente a pirâmide social inverteu-se: com a diminuição, e as vezes a ausência, de filhos de cada entidade familiar, a população brasileira passou, ou está na fase de transição a se tornar, predominantemente velha, Além disso, com baixo número de jovens, diminuindo a quantidade de contribuintes para o financiamento do sistema, e em contrapartida gerando um maior número de despesas com as prestações sociais.

Por conta deste pacto entre gerações, onde as contribuições recolhidas hoje financiam os serviços destinados àqueles que já não

---

<sup>6</sup> A Lei nº 3.807, de 26.08.1960, quando foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que viria a impulsionar a legislação Previdenciária, levando a unificação dos institutos pelo Decreto Lei nº 72, de 21.11.66 e criando o INPS - "Instituto Nacional da Previdência Social". Em 1.977 a lei nº 6.434, de 01 de setembro criou o SINPAS Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social, que compõe-se dentre as várias entidades, o INPS - Instituto Nacional da Previdência Social - órgão que agregava a parte de beneficiários urbanos, funcionários públicos federais e rurais; e o INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social que tinha por finalidade administrar a saúde do povo brasileiro, através de assistência médica, laboratorial, odontológica, hospitalar, etc... Assim, vale ressaltar que era uma autarquia filiada na época ao Ministério da Previdência e Assistência Social, e tinha a finalidade de prestar atendimento médico aos que contribuíam com a previdência social, ou seja, aos empregados de carteira assinada. Diferente do regime atual onde a saúde é de acesso universal independentemente de contribuição.

contribuem mais, busca-se a justificativa da exceção da anterioridade tributária do exercício financeiro, haja vista a finalidade a qual se destinam as contribuições sociais. Assim, tais modalidades tributárias poderão ser exigidas no mesmo ano, porém limitadas à anterioridade nonagesimal, ou mitigada. Vale destacar que este período de noventa dias se reserva a lei que instituiu, bem como a lei que aumentou o tributo devido, sendo dispensada tal prerrogativa nas hipóteses em que ela se limita a simples modificação na data do pagamento ou da exigência do tributo. Isto porque o conceito de modificação ultrapassa a onerosidade efetiva para o contribuinte conforme foi corroborado pela Emenda Constitucional 43/2003, de forma a União, Estados, distrito Federal e Municípios poderem exigir a exação dos servidores públicos estatutários para custear o regime próprio de previdência social.

## 1.2 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL

A solidariedade não pode ensejar a cobrança de tributo sem lei, e neste sentido, a legalidade estrita, condiciona o exercício da competência tributária relativamente, a quaisquer tributos, e só será sujeito passivo da relação se previsto na lei. A referibilidade ampla vem autorizando que toda a sociedade seja chamada ao custeio ainda que não previstas por lei complementar, pois enquanto tributos se submetem as limitações gerais ao poder de tributar e outras limitações específicas.

A remissão feita ao art. 150, I II e III da CF, não exige que se observem os inc. II, IV e V do mesmo dispositivo referentes à isonomia tributária, a vedação ao confisco, e a proibição de tributo interestadual ou intermunicipal que implique limitação ao tráfego de pessoas e bens, e o respeito a uniformidade geográfica no exercício de sua competência.

Nos termos do artigo 146 da CF/88, as contribuições ao custeio da Seguridade Social sujeitam-se também às reservas de Lei Complementar ainda as normas gerais de direito tributário que estão sob reserva de lei complementar exceto as descritas nos inc. I a IV do 195 da Carta Magna.

Quanto ao conceito da capacidade contributiva, as precisas palavras de Regina Helena Costa<sup>7</sup> traz sua definição demonstrando que:

O conceito de capacidade contributiva, ainda que o termo que o expressa padeça da ambigüidade e da imprecisão características da linguagem do direito positivo, pode ser singelamente definido como a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.

O princípio da capacidade contributiva é consequência e projeção do princípio da isonomia tributária, cujo fim é a concretização do ideal de justiça fiscal. Apesar do texto constitucional limitar-se a fazer menção tão somente aos impostos, é claro que o comando pode ser atrelado às outras modalidades tributárias, dentre eles, as contribuições para o custeio da seguridade social.

No caso das contribuições sociais, a variação da alíquota busca traduzir este postulado em função da atividade econômica explorada pela empresa, seu porte, a forma da utilização de mão de obra, dentre outros. Isto sem deixar de observar o dever de exteriorizar na capacidade contributiva a progressividade, a proporcionalidade e a seletividade, adotados como critérios objetivos que buscam dar concretude ao postulado em análise.

Outrossim, há de se destacar que as contribuições para a seguridade social prevêm duas regras importantes de não incidência, a primeira prevista no art. 195, §7º da CF, que se trata de uma efetiva imunidade tributária para as entidades beneficentes de assistência social, e o art. 149, §2º, I, da CF, com a redação dada pela EC 33/2001, referente às imunidades de das contribuições sociais para as receitas decorrentes de exportação.

A Emenda Constitucional nº 42/03, originou mais uma fonte de custeio da seguridade social, previstas no art.195 da CF. São as contribuições pagas por importadores de bens ou serviços para o exterior, observados o princípio da capacidade contributiva. Há de se lembrar a possibilidade de ser veiculada por lei ordinária, ou ainda,

<sup>7</sup> COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107.

medida provisória, visto que, quaisquer contribuições previdenciárias originadas além da descrita acima, traça a competência residual da União, e só pode ser veiculada por lei complementar, nos ditames do art. 195, §4º, da CF. As contribuições para a seguridade social, em caráter residual deverão observar, como mencionado outrora, a criação pela União, por meio de lei complementar, não se admitindo, portanto, a sua edição por medida provisória, art. 62 §1º, III, da CF.

A competência residual remanescente pode estar associada a impostos ou a contribuições para a seguridade social, sempre no bojo de lei complementar, o que veda, como se disse, seu exercício por medida provisória.<sup>8</sup>

A competência residual remanescente pode estar associada a impostos ou a contribuições para a seguridade social, sempre no bojo de lei complementar, o que veda, como se disse, seu exercício por medida provisória.<sup>9</sup>

A vinculação ao princípio da não-cumulatividade pelo fato da vedação constitucional de seu fato gerador não poder coincidir com o fato gerador de outras contribuições, exceto dos impostos, destaca o caráter diferenciado das contribuições previstas na Constituição Federal.

O sujeito ativo das contribuições para a seguridade pode ser a União visto que importa a destinação dos recursos oriundos desta. A argumentação de que a União não poderia por si mesma arrecadar a referida contribuição, só teria amparo se a Constituição de 1988 tivesse criado um sistema de Seguridade Social com individualidade própria e autônoma. Neste sentido somente a entidade ou entes específicos da seguridade é que poderiam arrecadar as contribuições. Através da manutenção de custeio de ações de saúde, assistência e previdência, sendo estas fontes diretas e indiretas, não há como visualizar na Constituição, proibição expressa ou ainda, implícita de que a União institua ou arrecade a contribuição prevista no art.195, I, incidente sobre o lucro dos empregadores; desde que os lucros auferidos por meio desta destinação sejam obrigatoriamente

<sup>8</sup> SABBAG. Eduardo de Moraes. *Direito tributário*, p.138,9º Ed São Paulo: Premier Máxima, 2008.

<sup>9</sup> SABBAG. Eduardo de Moraes. *Direito tributário*, p.138,9º Ed São Paulo: Premier Máxima, 2008.



repassados a seguridade social, o que vem claramente a demonstrar sua autonomia em relação demais espécies tributárias.

E o art. 1º da lei 7.689/88, estabelece que a contribuição é destinada ao financiamento da seguridade social, mas se os recursos auferidos tivessem destinação diversa restaria caracterizado o desvio de finalidade. O art. 165, §5º, III, da CF, regra que caberá a Lei orçamentária anual, fixar as diretrizes da seguridade social, abrangendo todos os órgãos a ela vinculados, assim como os da administração direta, ou indireta, e ainda as fundações e fundos instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O que vem a afirmar o anteriormente descrito é que a Constituição Federal admite a arrecadação de Contribuição Social para financiamento da seguridade social pela administração direta da União, não sendo certo se aferir a inconstitucionalidade da Lei 7689/88, pelo fato da contribuição criada pela mesma ser arrecadada pela Secretaria da Receita Federal.

Como assegurado por Wagner Balera<sup>10</sup>, as espécies jurídicas devem ter bem especificados seus limites e aferições, para que seja assegurada a destinação do produto da arrecadação das contribuições de maneira lúdima, sendo possível descrever e diferenciar cada qual das espécies tributárias, e desta forma não há que se confundi-las.

Nesta seara, há que relembrar o fato de não haver necessariamente nenhuma vinculação do produto da arrecadação das contribuições de custeio da seguridade social ao INSS. O que interessa aqui é a finalidade que dá amparo a instituição do tributo, pois o conceito de contribuições parafiscais tem perdido relevância. Eram assim denominadas porque não se destinavam ao orçamento do ente político, mas sim ao ente que desempenha a atividade referida.

A União é sujeito ativo titular das funções de fiscalizar, normatizar, lançar e cobrar a exação, assim como, é destinatária do produto da arrecadação, pois desenvolve as ações relativas a saúde e assistência social, através da própria administração direta. Assim, a Seguridade Social se conceitua com como esfera de atuação da

<sup>10</sup> Ballera, Wagner. *Direito Previdenciário*. p.9-81, São Paulo, método.2007.

União e não como um ente, pois isso é consubstanciado no próprio texto da Magna Carta<sup>11</sup>.

O que deve ser considerado como fator preponderante é a finalidade a que se destinam estas contribuições. Trata-se de mera distinção entre competência tributária. Trata-se daquela parcela de atribuição conferida às pessoas políticas, no caso, a União, para criar ou instituir, e cobrar a exação, sendo ela indelegável. Ela não se confunde com capacidade tributária ativa, que é a possibilidade de se exigir ou cobrar o tributo, que é delegável às entidades da administração direta, indireta e ainda as autarquias, como no caso em tela o INSS. Deve-se, assim, diferenciar aquele que detém competência para o cumprimento da obrigação tributária, estabelecido art. 119, do Código Tributário Nacional<sup>12</sup>.

A Constituição Federal buscou descrever de maneira ampla, porém delimitada quais as espécies tributárias e as competências relativas a cada qual das pessoas políticas para instituir e cobrar o tributo. Resta, porém, ao aplicador da lei analisar nas entrelinhas o que deixou implícito ao legislador, pois aos juízes e tribunais é dado aplicar a lei ao caso concreto da maneira mais precípua possível sendo possível adaptar o seu alcance sem, contudo, mudar o seu texto e retirar-lhe eficácia<sup>13</sup>; bastando que se proceda a uma análise interpretativa ampliativa da lei. Para que seja alcançada a correta delimitação do tema é necessário, ainda lançar mão de leis infraconstitucionais para lhe completar e delimitar o sentido, sem que isto se configure atividade de criar leis, pois esta assertiva só é conferida ao legislador.<sup>14</sup>

Diante da compensação financeira entre regimes, a fim de apuração em contagem recíproca, já decidiu o STF sobre a impossibilidade de contagem de tempo fictício, sendo imperiosa a sua indenização<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> PAULSEN, Leandro. *Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito. *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. Dialética. Fortaleza: Instituto Cearense de direito tributários- ICET, 2003.

<sup>12</sup> Paulsen, Leandro. *Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. P.903-905, 10 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2008.

<sup>13</sup> Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. p. 938, 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

<sup>14</sup> Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 850-853, 23 ed. São Paulo: atlas. 2008.

<sup>15</sup> O caráter contributivo do regime geral da previdência social (caput do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição. O § 5º do art. 29

## 2 SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

Não é demais lembrar que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, igual fundamento da República Federativa do Brasil, convergem para os objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em uma época em que o econômico ascendeu a alturas nem sempre justificáveis, quando se fala em desenvolvimento de que cogitou o constituinte neste inciso não se limitou somente a isso, mas sobre outros aspectos como aquele acima mencionado. Este “desenvolvimento” não se limitou apenas à projetar para a vertente econômica, mas para outros. Nesta evolução, a Lei Suprema da República retirou da ordem econômica a garantia do desenvolvimento nacional e a posicionou para ser um dos objetivos fundamentais da República.

Tal modificação retira o caráter puramente econômico de desenvolvimento, para se relacionar com desenvolvimento social. Precisa e justa a inclusão nos direitos fundamentais, já que falamos de desenvolvimento, com um incremento econômico, social, cultural, reduzindo as desigualdades regionais e sociais, e não em simples crescimento. No campo da Previdência Social a solidariedade é clara quando se verifica a contribuição dos ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos.

Visando o princípio da justiça social, convoca o inciso I do art. 3º da Carta Política a construir uma sociedade livre, justa e solidária. A chamada justiça social, que é o objetivo deste inciso, somente será atingida na sua plenitude quando a República Federativa do Brasil construir uma ordem de homens livres, em que justiça distributiva e

---

da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS)) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei 9.876/1999. O § 7º do art. 36 do Decreto 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei 8.213/1991. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da CF.” (RE 583.834, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-9-2011, Plenário, DJE de 14-2-2012, com repercussão geral.)

retributiva sejam um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade entre as pessoas humanas solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Daí surge o Estado Democrático de Direito, voltado à realização da justiça social através da fórmula da Revolução Francesa: igualdade, fraternidade e solidariedade.

Visando o princípio da integração nacional um desenvolvimento nacional equilibrado, que proporcione elevação nas condições da vida da população, a melhor distribuição da riqueza por qualquer método, mas especialmente pela oferta de trabalho bem remunerado, resultará na pretendida redução das desigualdades sociais e regionais.

A promoção do bem de todos ou do bem comum é objetivo primordial de todo Estado. É isso que justifica sua existência, quer a Constituição formal o diga, ou não. Para a construção de uma sociedade justa, livre, solidária e fraterna é necessário a inexistência de preconceitos e de qualquer forma de discriminação em razão de sexo, raça, cor, idade e todo e de qualquer forma de segregação social, como orientação filosófica, credo religioso, convicção política, local de nascimento ou origem, preferência sexual, grau de instrução de ensino etc.

## 2.1 A APLICAÇÃO DA SOLIDARIEDADE NAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

As contribuições sociais devem observar a solidariedade. Assim, em matéria previdenciária, aqueles que se enquadram, na forma da lei, como segurados obrigatórios têm o dever de contribuir, independentemente do retorno financeiro que eventualmente pudessem auferir, sendo irrelevante o fato de que o aposentado que tenha retornado às atividades laborais possa a não vir perceber outra aposentadoria decorrente da nova relação de trabalho.

Ocorre que a partir do advento do art. 1º da Lei nº 6.243/75, o aposentado pela Previdência Social que retornasse à atividade laboral fazia jus, quando do seu desligamento subsequente, a um pecúlio constituído pelas contribuições por ele vertidas durante o período de trabalho exercido após a aposentadoria.

Também contemplada no art. 82, inciso II, da Lei nº 8.213/91, a figura do pecúlio foi excluída do ordenamento por força do art. 29

da Lei nº 8.870/94, assim como ficou afastada a obrigatoriedade da contribuição pelo aposentado que retornasse ao trabalho, conforme previsão do art. 24 da mesma Lei.

Ademais, na redação originária da Lei 8.213/91, no seu artigo 18, § 2º, dispunha que o aposentado pelo R.G.P.S. que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua *condição de aposentado*, observado o disposto no art. 122 desta lei. Este artigo em comento dispunha que ao segurado em gozo de aposentadoria especial, por idade ou por tempo de serviço, que voltar a exercer atividade abrangida pelo regime, será facultado, em caso de acidente do trabalho que acarrete a invalidez, optar pela **transformação da aposentadoria comum em aposentadoria acidentária**.

Posteriormente, o art. 2º da Lei nº 9.032/95, atribuiu ao § 4º do art. 12 da Lei nº 8.212/91 a seguinte redação:

§ 4º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social.

Assim, ao prever a obrigatoriedade da contribuição por parte do aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que retorna à atividade laboral, a norma conflitou com o art. 24 da Lei nº 8.870/94, que até então o desonerava da exação, revogando, conseqüentemente, o dispositivo, na forma do art. 2º, § 1º, da LINDB.

Muito se discutiu na doutrina acerca da constitucionalidade da lei que restringiu este direito social, tendo vista a eventual violação ao princípio da vedação ao retrocesso social. Em ocasião outras, o STF já decidiu sobre a questão da solidariedade das contribuições sociais pagas por aqueles que já se encontram em situação de inatividade, porém em sede de Regime Próprio de Previdência Social<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> “O sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão

Em 09 de dezembro de 2011 foi atribuída a controvérsia constitucional submetida ao crivo da Suprema Corte no RE 381367 e (RE) 661256, cujo julgamento resultou na impossibilidade da aplicação do instituto da *Desaposentação*<sup>17</sup>. No referido recurso, discutiu-se a constitucionalidade da Lei 9.528/97, a qual estabeleceu que

o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Com o advento da Lei 8.870/94, que revogou o inciso II do artigo 81 da Lei 8.213/91, o tema ganhou maior relevância, vez que com a revogação do referido inciso o pecúlio não foi mais devido aos aposentados por idade ou tempo de serviço que retornassem ao labor que o vinculasse necessariamente à previdência social após o afastamento, daí se conclui que as contribuições vertidas após o afastamento não lhe seriam retornadas em quaisquer benefícios.

---

sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia.” (RE 450.855-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-8-2005, Primeira Turma, DJ de 9-12-2005.)

<sup>17</sup> Wladimir Novaes Martinez acredita ter sido um dos pioneiros na descoberta do instituto da Desaposentação. O jurista diz que a desaposentação teve como marco inicial normativo federal a Lei 6.903/81 (alterada posteriormente pela Lei 9.528/97) que regulamentava a aposentadoria do Juiz Classista (Vogal). A lei em comento em seu artigo 9º dispôs:

“Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de Juiz Temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção”.

Martinez, em 1987, publicou um artigo publicado pela LTr intitulado “Renúncia e Irreversibilidade dos benefícios previdenciários”. Destarte, trata-se de um neologismo o instituto da “DESAPOSENTAÇÃO”, tendo nesse sentido se manifestado em seu livro:

“(…) criamos o neologismo, hoje amplamente adotado, de chamar de “desaposentação” ao ato de constituição do benefício mantido com vistas a nova aposentação”.

Apenas para os casos previstos nos incisos I e III (que preveem situações de incapacidade laborativa) do artigo 81 da Lei de Benefícios Previdenciários da Previdência Social (LBPS) – Lei 8.213/91 é que o pecúlio foi mantido, porém através das Leis 9.129 e 9.032, ambas de 1995, o pecúlio foi totalmente extinto.

As referidas Leis revogaram ainda o pagamento de pecúlio em situações de segurados aposentados que retornaram à atividade laborativa, determinando o fim do abono de permanência em serviço, previsto no art. 87, parágrafo único da LBPS. O referido abono nada mais era do que uma renda mensal equivalente a 25% do valor total da aposentadoria a que o aposentado possuía direito, se este não se aposentasse aos 35 anos de serviço (homem), ou aos 30 anos (mulher) e optasse por prosseguir no labor.

Portanto, restou pacificado o entendimento da necessidade de contribuição do segurado que voltasse a laborar após a concessão da aposentação. Este foi um dos motivos que contribuíram para o surgimento do instituto em comento, vez que se passou a cogitar a hipótese de possibilidade de aproveitamento das contribuições posteriormente vertidas para concessão de um benefício mais vantajoso, desde que houvesse renúncia ao concedido anteriormente.

Atualmente não há normatização especificando o tema, trata-se de um instituto que fora muito debatido na doutrina e jurisprudência, tendo opositores e aceitantes, porém, é fática a inexistência da Desaposentação.

### CONCLUSÃO

A solidariedade não se limita apenas àqueles que se encontram contribuindo, mas também para aqueles que, ainda apesarem de contribuírem, se encontram fruindo das benesses do mecanismo de proteção social.

Assim, com base no que buscamos explicar, a solidariedade é uma via de mão única, em se tratando de custeio da previdência social, pois só se destinam a proteger àqueles que estão vinculados a um regime, mas dele ainda não frui algum tipo de prestação.

Isto porque com as alterações ocorridas ao longo dos anos no Regime Geral de Previdência Social, e as inseguranças existentes em relação a economia mundial, cada vez mais segurados tem se aposentado e continuado a exercer suas atividades laborativas como

forma de complementar a renda e manter o poder aquisitivo de suas famílias.

Ademais, com a extinção dos pecúlios que eram uma forma de receber novamente as contribuições vertidas à Previdência Social após a aposentadoria, aliada à criação do fator previdenciário que reduz o valor da aposentadoria levando em conta a expectativa de vida do segurado, sem prejuízo à política atual de reajuste das aposentadorias que aproxima a cada ano os benefícios do salário-mínimo, os segurados não vislumbravam possibilidade de utilizar suas as contribuições após a sua aposentadoria em benefício próprio, ficando estas para o financiamento do sistema.

Como resposta a esta situação surgiu o instituto da desaposentação que visava justamente a utilização destas contribuições pós aposentadoria para um novo benefício ao segurado que continuou a contribuir para a Previdência Social. Este instituto abarcava vários ramos do direito e possuía pontos polêmicos, julgado pelo Supremo Tribunal Federal como inviável.

Em assim sendo, com a inviabilidade jurídica da desaposentação declarada pelo STF, observa-se o total desrespeito ao princípio da solidariedade no custeio da Seguridade Social, apresentando-se como um efetivo confisco realizado pelo Poder Público ao cobrar a contribuição previdenciária daquele que não irá usufruir do mecanismo de proteção social.

## REFERÊNCIAS

ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**. 5ª Edição Ampliada e Atualizada. Editora IOB. São Paulo. 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6º Edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BALERA, Wagner. **Sistema da Seguridade Social**. 5ª Edição, Editora LTr. São Paulo: 2009

\_\_\_\_\_. **Direito Previdenciário**. 4º ed. São Paulo: Método. 2007.

\_\_\_\_\_. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Atualizado com a Reforma Previdenciária. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2004.

BARROSO LEITE, Celso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1972.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 4ª Edição. São Paulo: Max Limonad. 2002.



- CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7ª Edição revisada conforme as Emendas Constitucionais e Legislação em vigor até 10.01.2006. São Paulo. LTr. 2006.
- COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CUTAIT NETO, Michel (org.); BALERA, Wagner (colab.). **Contribuições sociais em debate**. Leme: JH Mizuno, 2003.
- FERNANDES, Aníbal. **Previdência Social Anotada: plano de custeio e de benefícios: previdência social pública e complementar**. Bauru/SP: Edipro, 2003.
- FERRAZ JR, tércio Sampaio. **Analogia: aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico**, in Enciclopédia Saraiva de Direito.
- GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6ª Edição. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo.2006.
- LEITÃO, André Studart. **Aposentadoria Especial**. Doutrina e Jursiprudência. Editora Quartier Latin: São Paulo.2007.
- MARTINEZ, Waldimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 7ª Edição. São Paulo: LTr, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Prova de Tempo de Serviço**. Editora LTr, 2ª edição.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 21º Edição. São Paulo. Atlas. 2005.
- MEÑO, Fernando Jose Galindo. **Seguridad Social y empleo**. 2ª Edición. Centro de estudos financeiros: Madrid, 1994.
- NASCIMENTO, Sérgio. **Interpretação do Direito Previdenciário**. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2008.
- PANCOTTI. Luiz Gustavo Boiam. **Conflitos de Princípios Constitucionais na Tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: LTr, 2009.
- PAIXÃO, Floriceno. **Direitos Trabalhistas e Previdenciários (Empregado Doméstico) em Perguntas e Respostas**, Edição especial para ANFIP – Editora Síntese Ltda. 1993.
- PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.
- PAULSEN, Leandro. **Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2008.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro.**

In: MACHADO, Hugo de Brito. As contribuições no sistema tributário brasileiro. Dialética. Fortaleza: Instituto Cearense de direito tributários- ICET, 2003.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário.** Elementos do Direito. 9º Ed. São Paulo. Premier Máxima. 2008.

# A INCLUSÃO DIGITAL DOS IDOSOS ENQUANTO GARANTIA FUNDAMENTAL DE UM ENVELHECIMENTO DIGNO

Vanderlei de Freitas Nascimento Junior<sup>1</sup>

Thiago Nogueira Russo<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Envelhecer nada mais é do que uma das etapas da evolução física e psíquica do ser humano, isso porque o homem desde sua concepção está em constante evolução. Logo, garantir boas condições de vida para as pessoas idosas tornou-se uma real necessidade da população mundial, a qual vem se tornando cada vez mais velha, ao passo que tanto os Estados Soberanos como suas respectivas sociedades passaram a se preocupar mais com o bem estar dos idosos, surgindo assim, a real necessidade em proteger os direitos dos idosos.

Partindo da premissa de que ter condições dignas de subsistência, engloba os direitos, como por exemplo, à saúde, ao lazer, à educação e às condições de trabalho, os idosos jamais poderão estar de fora dessa promoção social, ao passo que a idade não representa um empecilho ao desenvolvimento digno e saudável das pessoas idosas.

Por se tratar de um fenômeno global, o direito ao envelhecimento é uma das garantias inerentes ao desenvolvimento

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROSUP). Conciliador e Mediador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Pós Graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Advogado.

da personalidade do ser humano e, nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira jamais poderia deixar de tutelar tal direito, pois em seu cerne estão contidas as mais diversas formas de proteção aos ideais de liberdade, dignidade, solidariedade, sem os quais um Estado que se intitula Democrático de Direito não poderá sobreviver. Em decorrência de inúmeras lutas pelos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser um referencial ético do constitucionalismo contemporâneo, de modo a se tornar a base fundamental para a propagação dos Direitos Humanos pelo mundo.

Posto isto, o presente estudo abordará questões de suma importância para a autoafirmação dos direitos dos idosos no Brasil, através da implementação de políticas públicas, as quais deverão ser atentar para um dos requisitos mínimos para os cidadãos contemporâneos, qual seja a inclusão digital, pois aquele permanecer às sombras do mundo virtual poderá ser excluído da atual sociedade da informação.

## **1 O ENVELHER SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

A partir da humanização do direito internacional, ou seja, a internacionalização da proteção aos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a servir como parâmetro para a ordem jurídica internacional contemporânea, tornando-se o principal responsável pela projeção do constitucionalismo global que, por sua vez, solidificou a ideia de se tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, a partir da imposição de limites legislativos ao exercício do Poder Estatal.

Foi a partir da Revolução Francesa que a sociedade internacional passou a adotar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade em suas respectivas formas de governo, representando um dos maiores avanços no processo civilizatório, consolidando assim o sistema capitalista, de modo a romper com os ideais defendidos pelo Antigo Regime. A exemplo disso a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) ganha especial destaque, por terem infundido no cerne das mais desenvolvidas sociedades daquela época a ideia de que todos os homens são titulares de direitos naturais.

Mas, sem dúvida alguma, foi a partir da Revolução Industrial, no final do século XIX, com o fortalecimento do Capitalismo e a

intensificação da produção industrial, que houve a viabilização da evolução da tecnologia e da ciência, cujos estudos contribuíram demasiadamente com o bem estar social do homem moderno.

Esse processo de sedimentação dos direitos humanos pelo mundo se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ocasião em que os grupos minoritários (mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiência, estrangeiros e migrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes) passaram a exercer seus direitos de forma mais livre, passando a serem respeitados pela maioria dos Estados Soberanos.

O Promotor de Justiça representante dos idosos no Estado do Maranhão, Paulo Roberto Barbosa Ramos, em sua obra, faz certas considerações que permite ao leitor concluir que o direito ao envelhecimento constitui um direito humano fundamental.

A idéia da velhice como direito humano fundamental, na perspectiva da garantia do direito à existência com dignidade durante toda a vida biológica possível, tem como marco nuclear a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no seu art. XXV, §1º, prescreve que todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de velhice<sup>3</sup>.

Todavia, não se deve partir da equivocada ideia de que ser idoso compreende um estágio de vida marcado pela incapacidade ou deficiência física e mental, de modo a configurar uma condição marginalizante. Infelizmente, o que se nota é que apesar do envelhecimento da população mundial, os idosos ainda são objetos de discriminação e preconceitos, sobretudo pelo Poder Público que não definiu ou desenvolveu uma política pública adequada às necessidades da população idosa, especialmente em países em desenvolvimento.

---

<sup>3</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso (Série IDP) / Paulo Roberto Barbosa Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014.p.75.

## 2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DOS DIREITOS DOS IDOSOS

A fundamentação jurídica para a proteção dos direitos dos idosos consiste no acolhimento do princípio da igualdade, o qual se justificativa a partir da afirmação de que “a lei deve procurar compensar juridicamente quem sofre maiores limitações para reequilibrar suas oportunidades”<sup>4</sup>. É notório que o Brasil está passando, desde a década de 1960, por um processo de envelhecimento, representado pelo significativo declínio na taxa de natalidade da população estimulado pelo acesso aos mais inúmeros métodos contraceptivos, bem como pela mudança da estrutura familiar imposta pela industrialização, sem contar com as mais inúmeras campanhas de vacinação, de prevenção de doenças que contribuíram, também, para o declínio da taxa de mortalidade<sup>5</sup>.

Há de se ressaltar que o processo de envelhecimento pelo qual passa a população brasileira conduz a fortalecer as políticas públicas de proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa.

Segundos os dados publicados no *site* da Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República<sup>6</sup>, havia 14,5 milhões de pessoas com mais de 60 anos em 1999, tendo saltado para 23,5 milhões, em 2011, o que corresponde a 12,1% da população nacional. Ainda, seguindo os dados analisados, estima-se que, em 2020, a população idosa para aproximadamente 26 milhões, em 2020. Em contrapartida, dever ser elucidado que as população de crianças com até quatro anos de idade caiu de 16 para 14 milhões, resultado este obtido a partir da maciça conscientização popular em relação ao controle de natalidade e em relação a própria economia familiar. Ainda, segundo o governo, constam dos Planos de Ação Internacionais para o Envelhecimento (ONU 1982/2002) certos objetivos que recomendam às autoridades adotarem medidas de apoio às pessoas idosas, tanto no campo jurídico como na implementação de políticas sociais, devendo ainda seguir três linhas

<sup>4</sup> MAZZILLI, Hugro Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 25. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. pp.734.

<sup>5</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso (Série IDP) / Paulo Roberto Barbosa Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 46.

<sup>6</sup> BRASIL. Programa Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/politica-nacional-do-idoso-e-o-estatuto-do-idoso>>. Acesso em 06.03.2015.

prioritárias: pessoas idosas e desenvolvimento; saúde e bem estar na velhice e entorno propício e favorável.

Diante deste cenário, foram criados o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso e as Conferências de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, cujas funções consistem em discutir as demandas das pessoas idosas provenientes dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como apresentar políticas públicas capazes de solucionar tal problemática. Assim, o desenvolvimento de políticas públicas destinada aos idosos representa uma forma da sociedade brasileira combater a “cultura do desvalor social da velhice”, derivada dos ideais capitalistas, os quais consideravam que os velhos tinham pouca ou nenhuma utilidade para a cadeia produtiva e para a economia<sup>7</sup>.

Ao passo que a sociedade brasileira se torna velha, ou seja, com uma alta expectativa e melhor qualidade de vida, maior será o investimento dos idosos em planos de saúde, em turismo social, razão pela qual o mercado tem voltado seu olhar para os rendimentos oriundos das aposentadorias da população idosa, bem como pelo fato que muitos aposentados tem perfeitas condições de trabalho e acabam se submetendo a trabalhos informais. Os valores em prol dos direitos dos idosos estão representados juridicamente pela Lei 8.842/94 que instituiu no Brasil a política nacional do idoso, definindo seus principais objetivos, quais sejam: a garantia aos direitos sociais do idoso; a criação condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (art.1º).

Com a promulgação da Lei 8.842/94, os princípios inerentes às pessoas idosas passaram a reger a política pública nacional voltada para esta parte da população, e são eles: a) a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; b) o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos; c) o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza; d) o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política; e) as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes

<sup>7</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso (Série IDP) / Paulo Roberto Barbosa Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014.pp. 26.

públicos e pela sociedade em geral, na aplicação dessa política (art.3º).

O legislador Constitucional preocupou-se com a criação de leis que viriam a proibir qualquer espécie de preconceito e discriminação em relação à idade, atentando-se especialmente para a proteção aos idosos, quando impôs deveres à família, à sociedade e ao Estado o dever de ampará-los, assegurando-os participação na comunidade de maneira digna, visando sempre o bem estar e o direito à vida. Contudo, não menos importante, deve ser frisado que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 14, §1º, inciso II, alínea b; 229, 230, *caput* e §2º nos traz os principais direitos a serem reconhecidos como inerentes às pessoas idosas, e são eles: a) o direito ao amparo da família, da sociedade e do Estado, bem como direito à vida, à dignidade, ao bem-estar e à participação na vida da comunidade; b) amparo pelos filhos maiores, na velhice, carência ou enfermidade; c) gratuidade nos transportes coletivos urbanos, desde que com mais de 65 anos de idade; d) cidadania, com voto facultativo após os setenta anos; e) bem estar e lazer; dentre outros cuja menção é desnecessária no momento.

## 2.1 O ESTATUTO DO IDOSO SUA ESPECIAL CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

Em 2015, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) completou, no dia 1º de outubro, doze anos de existência, tendo sido considerado desde sua criação como o marco jurídico para a tutela dos idosos no Brasil. Referida legislação foi criada a partir da análise das necessidades e anseios da população idosa, ou seja, daquelas pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, conforme prescreve o artigo 1º da referida legislação. O Estatuto do Idoso tem como objetivo primordial, a garantia de direitos e o cumprimento das obrigações da família, da comunidade e do poder público em relação aos idosos, visando garantir a realização dos direitos humanos a eles inerentes.

Todavia, alguns princípios oriundos da política pública implantada para a proteção dos direitos dos idosos merecem destaque especial, dentre eles, a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público em assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer,



ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito, a não discriminação e à convivência familiar e comunitária (art. 3º).

Basta uma breve leitura no parágrafo único do art. 3º do Estatuto do Idoso, para saber que prioridade compreende a: a) atendimento preferencial imediato e individualizado juntos aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população (inciso I); b) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas (inciso II); c) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso (inciso III); d) viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações (inciso IV); e) priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência (inciso V); f) capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos (inciso VI); g) estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento (inciso VII); h) garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (inciso VIII); i) prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda (inciso IX).

A partir da Lei 10.741/2003, foram estabelecidas as seguintes prioridades na tutela dos direitos das pessoas idosas, dentre elas: a) a prioridade na tramitação de processos de interesse dos idosos (art. 71); b) o reconhecimento da necessidade em se disciplinar os direitos dos idosos, por parte do legislador; c) a inclusão da OAB no rol de legitimados para a defesa dos interesses coletivos dos idosos (art. 81, inciso III), cuja justificativa está presente no próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mais precisamente em seu artigo 44, o traz como finalidade de tal entidade de classe, a defesa da Constituição Federal; a defesa da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito; os direitos humanos; a justiça social; a boa aplicação das leis; a rápida administração da justiça; bem como o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Já o aumento contínuo da expectativa de vida da população brasileira é um fenômeno que vem se consolidando no decorrer das últimas décadas. Oriundo, dentre outros fatores e elementos, das melhorias nas condições de vida das pessoas, do avanço das intervenções da tecnologia médica e no regramento em hábitos e

alimentação saudáveis. Atualmente tem em torno de 15 milhões de pessoas com idade igual ou acima de 60 anos no Brasil, devendo chegar a 58,4 milhões em 2.060, segundo Censo de 2010, feito pelo IBGE<sup>8</sup>.

Não se pode desprezar o fato de que com o avançar da idade, vem às fragilidades e a maior probabilidade de se adquirir doenças que tornam os idosos dependentes das outras pessoas, situação em que a família entra em cena e se fixa como a principal fonte de cuidados da pessoa idosa, para que ela tenha uma velhice digna, protegida e respeitada num país marcado por desigualdades sociais e que não tem políticas públicas benéficas para aquela parcela da população que tanto já contribuiu com seu labor para o Estado brasileiro. A sociedade deve voltar suas atenções para os idosos, eis que eles necessitam de maior amparo legal e dedicação, sobretudo para resguardar seus direitos previstos na Constituição Federal, no Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n.º 8.179/74) e no Código Civil de 2002.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 229 que os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, bem como o artigo 230 que impõe à família o dever de tutelar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e, sobretudo, tutelando o direito à vida. A Lei n.º 8.742/93, por sua vez, assegura um salário-mínimo a todas as pessoas com 65 anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Esta prestação pecuniária assistencial é denominada benefício de prestação continuada (BPC), cuja concessão e administração são realizadas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

A Lei n.º 10.741/03 também estabeleceu inúmeros direitos e prerrogativas aos idosos, constituindo um verdadeiro microssistema, detendo em si o mérito de reconhecer as necessidades especiais das pessoas com mais de sessenta anos, imputando a pessoas e ao Estado determinados e importantes deveres. O artigo 3º do Estatuto do Idoso obriga aos familiares do idoso de lhe assegurar a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, dignidade, dentre outros direitos. Já o artigo 11 e seguintes impõe aos familiares o dever de lhe prestar alimentos. Assim, os

<sup>8</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/tabela1\\_1.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/tabela1_1.shtm)

ascendentes idosos têm o direito de receber pensão alimentícia de seus descendentes quando não tiverem meios para se manterem sozinhos.

Não poderíamos prosseguir nesta análise sobre os principais direitos dos idosos estabelecidos pela Lei 10.741/2003, sem nos referirmos aos artigos 4º a 7º. Salutar seria se todos os cidadãos compreendessem que é dever do Estado e responsabilidade de todos garantirem que nenhum idoso deverá ser objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e que todo atentado aos seus direitos, seja por ação ou omissão, será punido na forma da lei, como assim no garante o art. 4º do Estatuto. Segundo o referido artigo de lei, não basta punir os atos lesivos aos direitos dos idosos, é preciso prevenir toda e qualquer ameaça a esses direitos (§1º). Estabelecidas diversas obrigações do Estado e da sociedade, o §2º do artigo 4º da Lei nº 10.741/2003, definem que as obrigações previstas na Lei não excluam a tutela de outras obrigações decorrentes dos princípios por ela adotados. Tamanha é a importância da tutela jurídica dos direitos dos idosos, que o Estatuto do Idoso definiu, em seu artigo 5º, que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade tanto da pessoa física como da pessoa jurídica.

Assim, além de estar consignado na respectiva legislação, fica claro que todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação ao Estatuto do Idoso, a partir do simples conhecimento do fato, especialmente quando tiver testemunhado o ocorrido (art. 6º). Tamanha é a importância da Lei 10.741/2003, que o artigo 7º da referida Lei trouxe consigo a necessidade de completar seu conteúdo com a aplicação subsidiária da Lei 8.842/1994, ao definir que ficará a cargo dos Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, o zelo pelo cumprimento dos direitos dos idosos.

O Estatuto do Idoso não possui apenas força simbólica, capaz de conscientizar os idosos de seus direitos, mas, também, serve como um alerta para toda a sociedade, a qual prima pela longevidade e pelo desenvolvimento de uma vida saudável. Sob a ótica de seus artigos 8º e 9º, é possível identificar que o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção é um direito social. Ao Estado cabe garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas

que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (art. 9º).

Levando-se em consideração todas as garantias e direitos fundamentais aos quais os idosos fazem jus, destacamos os direitos à liberdade, ao Respeito e à dignidade. O artigo 10 do Estatuto do Idoso é claro ao estabelecer que é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa a liberdade, respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais. Por direito à liberdade estão compreendidas (§1º) a faculdade de ir, vir estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ( inciso I); a liberdade de opinião e expressão (inciso II); a crença e culto religioso (inciso III); prática de esportes e de diversões (inciso IV); participação na familiar e comunitária (inciso V); participação na vida política, na forma da lei (inciso VI) e a faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação (inciso VII). O parágrafo 2º do artigo 10 nos ensina que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral dos idosos, de modo a preservar a imagem, a identidade, a autonomia, os valores, as ideias e as crenças, os espaços e os objetos pessoais. Conseqüentemente, todos os cidadãos e o próprio Estado deverão zelar pela dignidade das pessoas idosas, colocando-as a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

### **3 O MARCO CIVIL DA INTERNET COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTAR À INCLUSÃO DIGITAL DOS IDOSOS**

Ao popularizar o uso da *internet* não há como o governo brasileiro se eximir da responsabilidade pela regulamentação, fiscalização e incentivo à políticas públicas voltadas para a inclusão digital dos cidadãos, ao passo que é impossível alguém viver sem os benefícios e praticidade da rede mundial de computadores, enquanto ferramenta essencial à propagação da informação. Ainda que seja para coibir ações criminosas ou clandestinas, a criação de mecanismos legais para o controle da utilização dos meios digitais no Brasil, o Poder Executivo Brasileiro enviou ao Congresso Nacional um projeto para a criação de uma lei voltada especificamente para a utilização da *internet*. Há muito tempo se fomenta a criação da referida lei, porém, foi somente em 12 de abril de 2012 que a Câmara dos Deputados aceitou e deferiu o requerimento para que o projeto

fosse apensado ao PL 5.403/2001, de modo a instituir aquilo que ficou conhecido como o Marco Civil da *Internet*.

Em que pese, todos os trâmites burocráticos, a Presidente da República, em 08 de julho de 2013, após a publicação de notícias no sentido de que as comunicações com a Presidência da República estava sendo alvo de espionagem pelos EUA. Assim, a Presidente Dilma Rousseff e a Ministra das Relações Institucionais, a Sra. Ideli Salvattiperceberam a gravidade do problema e a necessidade urgente de aprovação do Marco Civil da Internet. Com isso, dia 11 de setembro de 2013 foi publicado no Diário Oficial da União uma mensagem de urgência assinada pela Presidenta Dilma Rousseff. No entanto, foi em 25 de março de 2014 que o referido projeto de lei foi aprovado na Câmara dos Deputados e enviado, no dia seguinte, para o Senado Federal, passando a tramitar sob o número PLC 21 de 2014. No Senado Federal, o Marco Civil da *Internet* foi apreciado simultaneamente pelas Comissões de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática; de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle; e de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo recebido as devidas emendas, no prazo único de cinco dias úteis, em razão da urgência constitucional, a qual estabeleceu o prazo final de 45 (quarenta e cinco) dias para sua votação no Senado, sob pena de trancamento de pauta. Por fim, no dia 23 de abril de 2014, no evento conhecido por *NET Mundial*, o projeto de lei foi aprovado no plenário do Senado, tendo sido enviado, no mesmo dia, para a sanção presidencial da Presidente da República. Aprovado na véspera, o Marco Civil serviu de pauta para muitas discussões do evento, sendo elogiado por diversos convidados, afirmando ser um ótimo exemplo de como os governos poderiam desempenhar um papel positivo na promoção dos direitos da web, mantendo-a aberta, além de pedirem para que outros países seguissem o exemplo do Brasil.

Autores como Leonardo Rezende Cecílio elogiaram a aprovação do Marco Civil, alegando ser “um ineditismo normativo de escala internacional, pois passou a se positivar princípios, direitos e garantias para o uso da web no país, traçando assim, diretrizes para a atuação governamental”<sup>9</sup>. Outros autores, ao contrária, se

<sup>9</sup> CECILIO, Leonardo Rezende. Marco civil da internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes. Publicado em 27.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/leonardo-cecilio-marco-civil-embasar-futuros-diplomas-cibercrimes>>, acesso em: 20.07.2014;

mostraram pouco entusiasmados com a promulgação do Marco Civil, tendo chegado a declarar o seguinte:

... o marco civil representa apenas o plano principiológico para a tutela dos direitos (materiais e processuais) na esfera digital, contudo, com previsão ainda tímida em face de toda a gama variada de questões que ainda serão enfrentadas em juízo pelo aumento do *e-commerce*, das redes sociais e da comunicação digital e cujos efeitos ultrapassam o princípio da territorialidade (*Fremdenrecht*) [5] levando-nos a uma nova era dos descobrimentos.<sup>10</sup>

No Brasil, além dos dispositivos constitucionais que visam à tutela dos direitos de liberdade de expressão (art 5º, incisos IV, V, IX e XIV, da CF) e dos direitos da personalidade (art. 5º, incisos X, XI, XII), o Estado brasileiro por meio de seu Poder Legislativo aprovou o Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014), cuja finalidade é estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país (art.1º). Referida lei disciplina o uso da *Internet* no Brasil, prezando, num primeiro momento, pelo fundamento do respeito à liberdade de expressão (art.2º, *caput*), não podendo desprezar o reconhecimento da escala mundial da rede (inciso I); os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais (inciso II); a pluralidade e a diversidade (inciso III); a abertura e a colaboração (inciso IV); a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (inciso V); a finalidade social da rede (inciso VI). Nota-se que a aludida legislação serviu para estabelecer fundamentos imprescindíveis à Sociedade da Informação, tais como a finalidade social da *internet*, a garantia dos Direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, dentre outros fatores indispensáveis à utilização da *internet*.

Cumprе ressaltar, que também constitui objetivo do Marco Regulatório da *Internet* (Lei nº 12.965/2015), a definição de diretrizes para a atuação do Poder Pública quanto às políticas públicas voltadas o desenvolvimento da *internet*, por se tratar de um meio de comunicação de massa e ser de interesse de toda a coletividade,

<sup>10</sup> ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. Publicado em 04.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.

sobretudo, na inclusão digital (art. 27, inciso I) das pessoas idosas, pois com isso o Estado estará promovendo a promoção cultura e da cidadania (art. 24, inciso IX).

Logo o Marco Civil da Internet servirá como parâmetro para uma melhor atuação do Poder Público na cobrança e efetivação das políticas de inclusão digital dos idosos, permitindo que todos eles tenham acesso à informação, ao lazer proporcionado pelas redes sociais, à cultura e, sobretudo, à educação.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é possível concluir que a propagação dos direitos humanos, sobretudo do princípio da dignidade humana, justifica a tutela dos direitos das pessoas idosas, de modo que o direito ao envelhecimento é uma das garantias inerentes ao desenvolvimento da personalidade do ser humano. A partir dessa necessidade foram criados, no Brasil, o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso e as Conferências de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, órgãos que desempenham funções tais como discutir demandas das pessoas idosas, bem como apresentar políticas públicas capazes de solucionar tal problemática. Assim, os valores que embasam a proteção jurídica dos direitos dos idosos estão representados juridicamente pela Lei 8.842/94, definindo as diretrizes da política pública criada para defender tais interesses das pessoas idosas. A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, se preocupou em abominar e repreender qualquer espécie de preconceitos e discriminações em razão da idade, impondo o dever de proteção aos idosos, por parte da família, da sociedade e do Estado assegurando aos idosos o direito ao amparo da família, da sociedade e do Estado, bem como direito à vida, à dignidade, ao bem-estar e à participação na vida da comunidade; amparo pelos filhos maiores, na velhice, carência ou enfermidade; gratuidade nos transportes coletivos urbanos, desde que com mais de 65 anos de idade; cidadania, com voto facultativo após os setenta anos; bem estar e lazer; dentre outros cuja menção é desnecessária no momento. A Lei nº 10.741/03 estabeleceu inúmeros direitos e prerrogativas aos idosos, constituindo um verdadeiro microsistema, detendo em si o mérito de reconhecer as necessidades especiais das pessoas com mais de sessenta anos, imputando a pessoas e ao Estado determinados e importante deveres. Dentre outras preocupações, o Estatuto do Idoso regulamenta o direito à educação,

ao lazer, cultura e sobretudo o direito à informação (arts. 20 e seguintes do Estatuto do Idoso). Destarte, todas as informações trazidas no presente texto, servirão para esclarecer e reforçar a ideia de que tanto os idosos como os analfabetos digitais constituem uma minoria que ainda seguem discriminadas e excluídas socialmente, merecendo, portanto, oportunidades de se inserirem na sociedade por meio da viabilização de propostas e políticas públicas eficazes na efetivação dos direitos das pessoas idosas.

Assim, o Marco Civil da *Internet* serviu para estabelecer fundamentos imprescindíveis à Sociedade da Informação, da qual os idosos fazem e deverão fazer parte, por se tratar de um direito humano relacionado ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício da cidadania em meios digitais. Ao estabelecer diretrizes para a atuação do Poder Público quanto às políticas públicas voltadas para o desenvolvimento da *internet*, a Lei nº 12.965/2014 preocupou-se com a inclusão digital (art. 27, inciso I), que ao ser analisada em complementação ao Estatuto do Idoso, possibilitará a seus respectivos intérpretes, concluir que as pessoas idosas também possuem o direito de participação nos meios de comunicação de massa, como forma de promoção estatal da cultura e da cidadania (art. 24, inciso IX).

Desta forma, o Marco Civil da Internet servirá como parâmetro para uma melhor atuação do Poder Público na cobrança e efetivação das políticas de inclusão digital dos idosos, permitindo que todos eles tenham acesso à informação, ao lazer proporcionado pelas redes sociais, à cultura e, sobretudo, à educação.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Reflexões sobre o Marco Civil da internet**. Publicado em 04.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.

BARBOSA, Alexandre F. Barbosa. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2011 = Survey on the use of information and communication technologies in Brazil: ICT Households and Enterprises 2011** / [coordenação executiva e editorial / executive and editorial coordination, Alexandre F. Barbosa; tradução Karen Brito Sexton (org.)]. São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012.

BRASIL. **Lei 10.741/2003, de 1º de outubro de 2003**, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.



\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.842/1994, de 4 janeiro de 1994**, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional dos Direitos Humanos**. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa>>. Acesso em 20.10.2015.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional dos Direitos Humanos**. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa>>. Acesso em 06.03.2015.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Direitos Humanos, 2015**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/politica-nacional-do-idoso-e-o-estatuto-do-idoso>>. Acesso em: 26.06.2015.

\_\_\_\_\_. **Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/conselhos/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt/132-conselho-nacional-dos-direitos-do-idoso/266-conselho-nacional-de-direitos-do-idoso>>. Acesso em: 26.06.2015.

CECILIO, Leonardo Rezende. **Marco civil da internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes**. Publicado em 27.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/leonardo-cecilio-marco-civil-embasar-futuros-diplomas-cibercrimes>>, acesso em: 20.07.2014.

Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa: **Construindo a Rede Nacional de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa – RENADI**. – Brasília: Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI, 2006. 277. Páginas. Disponível em: <[http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-do-idoso-CNDI/conferencias/1a-conferencia/8-anais-i-\\_cndpi-2006](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-do-idoso-CNDI/conferencias/1a-conferencia/8-anais-i-_cndpi-2006)>. Acesso em: 26.06.2015.

FERRÃO, Rúbia Maria. **A remoção de conteúdo da internet após a edição do novo Marco Civil**. Publicado em 10.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/rubia-araujo-remocao-conteudo-internet-marco-civil>>, acesso em 20.07.2014.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos – Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça**. 2ª ed. – 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GOMES Jr., Luiz Manoel. **Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741/2003. Aspectos Processuais – Observações iniciais**, in Revista de Processo nº 115, maio/junho de 2004, p. 110/112.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**/ Damásio de Jesus, José Antonio Milagre – São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 25. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil / Liliana Minardi Paesani**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional / Flávia Piovesan**. – 14 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 181/313.

RODRIGUES Jr, Otávio Luiz Rodrigues. **Primeiras Considerações sobre o Marco Civil da Internet**. Publicado em 23.04.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-23/direito-comparado-primeiras-consideracoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações / org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman ... [et al.]** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto; BARRETO JR., Irineu Francisco; LISBOA, Roberto Senise; ANDRADE, Ronaldo Alves de (Coord. E Org). **Direito da Sociedade da Informação: Temas Jurídicos Relevantes**. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini e NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. **A tutela individual e coletiva dos direitos dos idosos e a legitimidade ativa do Ministério Público**. Anais do II Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/view/415>. Acesso em: 19.08.2015.

\_\_\_\_\_. **A aprovação da Lei 12.965/2014 e sua especial contribuição para a coletividade em relação ao uso da Internet. Anais do I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Disponível: <[http://www9.unaerp.br/direito/media/media/images/anais/l\\_for\\_um\\_paulista.pdf](http://www9.unaerp.br/direito/media/media/images/anais/l_for_um_paulista.pdf)>. Acesso em: 19.08.2015.

# RAZÃO DISCURSIVA E ESFERA PÚBLICA: O ESPELHO DA DEMOCRACIA E A EMANCIPAÇÃO DA IDENTIDADE

Luciano Braz da Silva<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

No denominado mundo pós-moderno, as comunicações e as decisões que são tomadas, sejam em nível nacional ou internacional, demarcam seções próprias de tempo e espaço. Assuntos de repercussão nacional ou internacional ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e à escolha de temas e contribuições que são discutidas sob a pressão político-social consomem energias próprias, exigem um investimento particular em termos de organização, implicam, além disso, custos em termos de decisão protelada ou perdida. Após a falência do socialismo de Estado, restara apenas essa perspectiva. O trabalho assalariado, a segurança, a justiça social e o bem-estar figuraram, *prima facie*,

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em filosofia do direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), com Bolsa Caps. Graduado no Curso de Direito do Univem. Bolsista pela FAPESP / Iniciação Científica 2008 - 2009 com deferimento de renovação para 2010. Diretor do Diretório Acadêmico do Curso de Direito do UNIVEM 2008. Graduado no ano de 2004 no curso de Teologia pelo I.B.E.S. Integrante do Grupo de Pesquisa Científicas BIOÉTICA - coordenado pelo Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Jr, nas dependências do UNIVEM. Possui cadastro no Grupo de pesquisa - Processos político-sociais e exclusão - Unesp-Marília. Pesquisador com cadastro junto ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - desde 2009. Atualmente desenvolve pesquisas científicas nas áreas de Ciência Política, Teoria do Estado, Democracia, Estado Democrático de Direito, Direitos Humanos e Ética com base na filosofia habermasiana; cujas pesquisas procuram: investigar nexos recíprocos entre teoria lingüística e ética na obra de Jürgen Habermas; analisar os diálogos estabelecidos por esse filósofo com outros pensadores modernos e contemporâneos, bem como diagnosticar a influência destes na estruturação de sua filosofia; pesquisar a temática dos direitos humanos a partir da filosofia política de Habermas e do diálogo que estabelece com comunitaristas, liberais e republicanos.

expectativas de direitos que promoveriam, de forma fundamentada, a promoção do *status* social que seria alcançado com o acréscimo desses direitos legalmente compartilhados e com a participação na vida política.

A abordagem habermasiana procura formular uma base normativa para alimentar formas democráticas de comunidade, que possam ir além do acordo contingente, e deste modo, lançar vistas a pressupostos implícitos universais de toda interação comunicativa, dos quais sustentariam ou balizariam uma moralidade política mínima, em última análise, democrática, não regulamentada por esta ou aquela concepção, mas no campo estritamente procedimental. Dentre os desafios enfrentados, o presente artigo lançará os olhos aos desafios derivados do poder social e da complexidade das sociedades modernas. O observatório de nossas análises se situará, também, e de sobremodo, à esteira da relação de complementaridade situada entre o direito e a política, bem como, seus pressupostos de validade para regularização da vida social.

Das precisões que procuraremos diagnosticar as pretensões que se lançam como isso, obviamente, seria aquilo que os lacanianos chamam de objetos de desejos impossíveis, indefiníveis, sublimes. A conhecida distinção entre razão centrada no sujeito e razão comunicativa, presente na filosofia habermasiana, em conexão com sua tentativa de distinguir o que é útil do que é inútil para a política democrática, situado um desacordo irresolvível acerca da possibilidade de justificar alegações de verdade, acerca de padrões de argumentos ou de suporte evidencial, por exemplo, membros de diferentes comunidades linguísticas, científicas ou culturais, poderíamos, a partir disso, supor a possibilidade de existências de padrões corretos, ou critérios inequívocos, que ensejaria numa verdade de fato objetiva? Ou deveríamos em vez disso pressupor que, em relação a verdade, há questões de fundo determinantes que devem ser consideradas, tais como: cultura, língua, crenças etc.? Enquanto relativismo se torna inconsistente, no ponto de vista absolutista certamente implicaria pressupostos metafísicos. A legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito, pode ser compreendida desde que, mediante a ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e aqueles pertencentes ao poder administrativo, responsável pela imposição das leis. Veremos que as formas comunicativas devem interligar e satisfazer, simultaneamente,

a diferentes condições de comunicação, uma vez que, se prescindirmos da organização da afluência dessas informações, poderemos nos valer do auto entendimento ético e da fundamentação moral de regras com a finalidade de estabelecermos o equilíbrio equitativo de interesses.

Autores como Taylore Honneth ressaltam a construção relacional da identidade, frisando as estruturas dialogais entre os sujeitos que lutam o tempo todo por reconhecimento mútuo. Tanto Taylor como Hanneth entendem que essa será a condição pela qual os sujeitos podem se desenvolver de maneiras saudáveis e autônomas. Nessa perspectiva, a compreensão e o reconhecimento da identidade (por si e pelo outro) seria a condição primeira para auto realização. Em seu ensaio seminal sobre o multiculturalismo, Taylor afirma que o reconhecimento não é uma questão de cortesia, antes sim, trata-se de uma necessidade humana. Isso porque pessoas e grupos podem sofrer danos reais se a sociedade os representa com imagens restritivas e depreciativas.

O artigo apresentará algumas considerações de Honneth que se coadunam ao pensamento de Jürgen Habermas. Para Honneth o mundo transforma e evolui-se moralmente por meio das lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo. É no mundo da vida que se naturalizam e se questionam tradicionais padrões de comportamento (desrespeito), deste modo, indivíduos buscam, diariamente, fazer-se reconhecidos para se auto realizarem enquanto sujeitos de direito. A questão da distribuição é pensada por Honneth a partir de um modelo diferenciado de reconhecimento. Como já abordado, ele alega que os sujeitos lutam por bens materiais tanto para se verem considerados seres humanos de igual valor, como para verem reconhecidos seus méritos e realizações distintivos. É a partir da lógica do reconhecimento, e não simplesmente visando ao aumento de bens materiais, que os sujeitos aspirariam a práticas redistributivas. Interessa-nos frisar aqui, exatamente, a importância desse uso ético. Nessa perspectiva, o artigo apontara a função do direito no pensamento de Habermas que passa a ser visto como resposta adequada ao presente questionamento. Ao perceber que a linguagem, mesmo quando utilizada comunicativamente, não tem força suficiente para assegurar a integração social, devido ao multiculturalismo e às complexidades ideológicas que envolvem a sociedade moderna, torna praticamente impossível estabelecer uma base comum para regularização das questões problematizadas.

## 1 BIOPOLÍTICA, CIDADANIA E RECONHECIMENTO

Os fenômenos sociais que potencializam os sujeitos, as comunidades e as nações a lutarem por um reconhecimento, muito embora, na maioria dos casos sejam homogêneos, como é o caso do feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, não obstante peculiaridades similares, dado o fato das peculiaridades essenciais evidentemente não podem ser tidos como iguais. Vejamos que a semelhança nos parece evidente, pois tanto as mulheres, as minorias étnicas e culturais, assim como também, as nações e culturas, todas se defendem da opressão que é lançada, da marginalização e do desprezo nos quais são encerrados. A defesa desses atores sociais se constrói mediante lutas e manifestos incessantes de reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. Esses aguerridos manifestos sociais são movimentos que buscam sua emancipação própria voltada sempre aos seus ideários políticos coletivos definidos culturalmente (SILVA, 2013, p. 89). Destarte, a questão do reconhecimento não afeta tão-somente questões de ordem diretamente ligadas à dignidade humana, mas também considerações de ordem jurídica que comprometem diretamente carências da vida humana. Em suas palavras, Habermas (2000, p. 246) aponta que:

Embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos. A diferença de situações de vida e experiências peculiares ao gênero não recebe consideração adequada, nem jurídica nem informalmente; tanto a auto compreensão cultural das mulheres quanto a contribuição que elas deram à cultura comum estão igualmente distantes de contar com o devido reconhecimento; e, com as definições vigentes, as carências femininas mal podem ser articuladas de forma satisfatória.

A luta política por reconhecimento centra-se em discursos debatidos nos espaços públicos voltados à interpretação de interesses de realizações peculiares aos diferentes gêneros; à medida que logra êxito, essa luta modifica a identidade coletiva das mulheres e, por conseguinte, acarreta, também, algumas mudanças de relações entre os gêneros, afetando, assim, de forma imediata, a auto compreensão dos homens. Com isso, aqueles valores

reconhecidos em escala na sociedade são levados para os debates discursais, de forma que, dado o caráter de relevância desses valores para sociedade, a consequência da problematização desses valores chega até as áreas centrais da vida privada e, portanto, afeta, afeta, afeta os limites estabelecidos entre as esferas pública e privada, a situação se difere quando se trata da luta das minorias étnicas e culturais pelo reconhecimento de sua identidade coletiva; já que esses movimentos de emancipação visam, também, à superação da divisão (ou separação) ilegítima da sociedade, a auto compreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. Nas sociedades multiculturais os movimentos de emancipação não representam, resumidamente, fenômenos unitários. Isso significa dizer que eles se diferenciam de acordo com as diversas situações; por exemplo, as minorias endógenas podem tornar-se conscientes de sua identidade ou, por conta da imigração, poderão surgir novas minorias, e, mesmo assim, esse fenômeno ocorrerá com as políticas culturais de alguns Estados que se autocompreendem como Estados de migração, cabendo, essa tarefa de emancipação também aos Estados, cuja auto compreensão nacional dependa de uma adaptação à integração de culturas estrangeiras (SILVA, 2015a, p. 155-156).

Outra distinção abordada na filosofia habermasiana diz respeito novo tipo de nacionalismo que trata daquelas populações que compartilham entre si um destino histórico comum. Essas populações identificam e organizam-se em grupos étnicos linguisticamente homogêneos e, como tal, desejam manter sua identidade não apenas como comunidades ascendentes comuns, mas também sob a forma de um povo que se organiza como Estado, possui autonomia política. O modelo de movimentos nacionais, considerado por Habermas (2000, p. 246):

(...) quase sempre foi o Estado nacional constituído por via republicana, tal como surgiu da Revolução Francesa. A Itália e a Alemanha, em comparação com os Estados nacionais da primeira geração, foram chamadas “nações tardias”. Outro contexto foi dado pelo período de descolonização após a Segunda Guerra Mundial. Outra constelação, por sua vez, é dada pela decadência de impérios como o Reino Otomano, a Áustria-Hungria ou a União Soviética.

Disso se distinguem algumas situações de minorias nacionais que surgiram em virtude da formação de Estados nacionais, por exemplo, os bascos, curdos e irlandeses do norte. Um caso especial

identificado por Habermas (2007, p. 248) é a fundação do Estado de Israel, sua instituição fora em decorrência de movimentos nacional-religiosos e dos horrores humanos ocorridos em Auschwitz, na região da Palestina, inicialmente de mandato inglês e reivindicado por árabes.

Em nível internacional, a luta por reconhecimento surgiu em decorrência do eurocentrismo e do predomínio da cultura ocidental no campo político mundial, ambos vistos por Habermas (2007, p. 249) como condições essenciais para uma luta por reconhecimento em nível internacional. O filósofo aponta a Guerra do Golfo como um fato que tornou consciente essa dimensão. A percepção daquilo que ocorrera, os motivos políticos, os interesses camuflados, se deram às “sombras de uma história colonial ainda presente, a intervenção dos aliados foi vista por massas religiosamente mobilizadas e também por intelectuais secularizados como abuso da identidade e autonomia do mundo árabe-islâmico”. Os vestígios, as marcas indelévels dessas lutas fracassadas de reconhecimento marcam, até hoje, as relações históricas (a economia, a política, a religião, as relações de direitos humanos, etc.) entre Ocidente e Oriente e, tanto mais, o relacionamento do Primeiro Mundo com o Terceiro, como antes era chamado. Esses fenômenos prestam-se aos esclarecimentos e às considerações explícitas quanto à dificuldade do acordo mútuo intercultural; eles esclarecem a relação entre moral e eticidade, ou uma interligação entre significação e validação, e reacendem a velha questão sobre podermos transcender o contexto de nossa respectiva língua e cultura ou, ao contrário, todos os padrões de racionalidade estarão atrelados a determinadas imagens de mundo e determinadas tradições. Com suas palavras, Habermas (2007, p. 250) aponta que

As esmagadoras evidências da fragmentação de sociedades multiculturais e da confusão linguística babilônica em meio a uma sociedade mundial mais que complexa parecem compelir-nos a concepção holística de linguagem e a concepção contextualísticas de imagens de mundo que soam céticas em face de tantas reivindicações universalistas, sejam elas de natureza cognitiva ou normativa.

O autor ainda nos mostra que o debate sobre a realidade, ramificado e aberto até há pouco tempo, é de vital importância tendo em vista que seus resultados trazem consequências que tocam diretamente as considerações apresentadas em torno dos conceitos



de bom e justo com os quais lidamos ao investigar as condições de uma política do reconhecimento. Nesse sentido, uma sugestão apontada por Taylor, em si mesma, remete-se a outra coisa; ela está embasada – considera Habermas – no plano de referências do direito e da política.

Nesse sentido, o problema do direito ou direitos de minorias ofendidas e maltratadas passa a ser um problema de ordem jurídica e, como tal, deve ser resolvido. No Estado de direito, decisões políticas não podem infringir normas do direito positivo, ou seja, as decisões políticas, para que sejam válidas, deverão se servir das regulamentações do direito positivo para tornarem-se efetivas em sociedades complexas. Dessarte, o médium do direito aponta para uma estrutura artificial onde decisões normativas prévias se relacionam. Verificamos, portanto, que o direito moderno em sua estrutura é identificado como formal e se embasa na premissa de que tudo não seja explicitamente proibido e permitido. O direito moderno reconhece, individualmente, cada pessoa como sujeito portador de direitos subjetivos; nesse sentido, como titulares de uma categoria de direitos, esses mesmos sujeitos podem – valendo-se desses direitos – tutelar judicialmente, contra particulares ou até mesmo contra o Estado, direitos que lhes subtraíram. Nas palavras de Habermas (2007, p. 250), o direito moderno é identificado como

Um direito *coercivo* porque sanciona de maneira estatal e estende-se apenas ao comportamento legal ou conforme normas – ele pode, por exemplo, tornar livres as religiões, mas não pode prescrever nenhuma consciência moral. É um direito *positivo* porque retroage às decisões – modificáveis – de um legislador político, e é, finalmente, um direito *escrito por via procedimental*, já que legitimado mediante um procedimento democrático.

O direito moderno – positivo – muito embora regule comportamentos legais, ainda assim, para sua validade, deve ser reconhecido como legítimo. Não obstante seu reconhecimento, respeito e obediência por todos, o direito moderno deve ser reconhecido de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelo simples respeito à lei. Deste modo, uma ordem jurídica é definida como legítima quando assegura, de forma equitativa, a autonomia de todos os cidadãos. Esta autonomia estará concretamente constituída no instante em que

destinatários do direito assumirem a figura de Jano<sup>2</sup>, e assim, autodeterminarem como seus autores e destinatários. Tais autores então, como participantes do processo legislativo, serão livres tão-somente se esse processo estiver regrado por atos de fala discursivos e, necessariamente, democráticos, em que todos possam supor que as regras ora firmadas e, desse modo, mereçam concordância geral sancionada pela razão. Por entendimento, faz-se menção a um processo discursivo racional que leva os sujeitos ao convencimento objetivado entre as partes. Esse processo coordena as ações de fala de todos os participantes por meio da razão que vale como motivação e regularização, sendo que as ações de fala são utilizadas como meio para se chegar ao convencimento e, por conseguinte, ao consenso. Desse modo, entendimento é o “processo de obtenção de um acordo entre sujeitos linguística e inteiramente competentes” (HABERMAS, 1987a, p. 368). No núcleo da linguagem há, algumas estruturas básicas dominadas pelo sujeito em determinados momentos da vida. Enquanto sujeito, no processo de formação do indivíduo, a consciência é um dos atributos que ele recebe, ou seja, a capacidade reflexiva adquirida mediante suas ações no mundo, o que o torna capaz de concebê-lo individualmente ou, em outras palavras, de uma forma peculiar. Logo, por meio da linguagem, sua ação prioriza o discurso racional como condição para se chegar à veracidade da fala de um sujeito e analisar se a fala é coerente ou não com a ação; nesse sentido, poderá convertê-la em normas revalidadas, compreendidas e aceitas por todos. A estrutura básica da ação comunicativa vincula-se, em geral, a três pretensões objetivas pelos integrantes do mundo da vida, a saber: 1) pretensão de verdade: que corresponde à pretensão de que o enunciado seja verdadeiro – essa pretensão refere-se a afirmações e acontecimentos oriundos do mundo objetivo; 2) pretensões de justiça: os atos de fala, necessariamente, devem estar em sintonia com o contexto normativo vigente – faz-se alusão ao mundo social ou ao mundo das normas legitimamente reguladas e, 3) pretensão de veracidade: ocorre quando a intenção expressa na fala do indivíduo corresponde a seu pensamento – trata-se, especificamente, do mundo subjetivo do indivíduo (PENITENTE, 2008, p. 99).

<sup>2</sup> Jano (em latim *Janus*) foi um deus romano das mudanças e tradições. Em poder de Jano estão os inícios, em relação às mudanças (inícios, começos), e nas citações a figura de Jano é associada a portas (entrada e saída), bem como a transições. A sua face dupla também simboliza o passado e o futuro uma olhando para a frente e outra para trás.

A partir dessa formulação, o conceito tradicional de razão prática adquire um valor heurístico: ele se torna fio condutor para reconstrução do emaranhado dos discursos; conseqüentemente, a concepção normativa que interpreta o direito, mormente filiado à moral passa a ser recusado na filosofia habermasiana. O processo democrático deve ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, o devido respeito a direitos fundamentais sem os quais, simplesmente, não pode haver um direito legítimo. Nesse sentido, Habermas (2007, p. 251) fala, em primeira linha, do direito à liberdades de ações subjetivas iguais que, por sua vez, pressupõem defesas jurídicas individuais e abrangentes. Com a instituição do Estado de direito e o reconhecimento dos direitos subjetivos dos indivíduos, há conseqüências salutares para o tratamento do problema da isonomia jurídica e do igual reconhecimento de grupos culturalmente definidos, ou seja, de coletividades que se distinguem de outras – seja pela tradição, forma de vida, proveniência étnica, etc.

## 2 SOCIEDADES DE TRANSIÇÃO: O ENTRELAÇAMENTO ENTRE O DIREITO E O PODER POLÍTICO

Nas sociedades tradicionais, o complexo formado pelo direito e pelo poder político caracterizava, de certa forma, a passagem das sociedades organizadas pelo parentesco para as sociedades primitivas já organizadas politicamente<sup>3</sup>. Nessa perspectiva, a teoria habermasiana – revendo a evolução histórica da implementação do direito – pode desmentir algumas teorias, como, por exemplo, a de Luhmann, que pretende mostrar que a positivação do direito implicou uma autonomia plena e a separação total do direito com relação à moral e à política.<sup>4</sup> A interpretação naturalística que remonta as

---

<sup>3</sup> Habermas reconstrói essa relação interna entre direito e política a partir dos modelos abstratos de sociedade e de regulamentação de conflitos, utilizando como substrato dos seus argumentos os diferentes estágios evolutivos dos quais se deram a formação da ordem política, bem como o Estado moderno no qual o poder político e o direito positivo se entrelaçam.

<sup>4</sup> Em consciência moral e agir comunicativo (pp. 146 – 149), Jürgen Habermas, partindo das suposições filosóficas consideradas por Kohlberg, apresenta três principais pontos a partir dos quais Kohlberg introduz sua teoria, a saber: a) *cognitivismo*; b) *universalismo*; c) *formalismo*. Para Habermas, os três aspectos sob os quais Kohlberg esclarece o conceito do *que é “moral”* são levados em

teorias de Maquiavel passa interpretar o poder político, desde sua gênese, como um poder oriundo das tradições sagradas entrelaçado

consideração por todas as éticas cognitivistas, desenvolvidas mediante o pensamento kantiano. Habermas considera que a vantagem da sua teoria, bem como daquela apresentada por Apel, encontra-se na base da qual as suposições básicas de ordem cognitivistas, universalistas e formalistas fundamentam sua validade, a partir do princípio da moral fundamentado pela ética do discurso. Para esse princípio, expõe Habermas: "(U) *Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e os efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos*". Quanto à premissa trabalhada do ponto de vista do cognitivismo, (a) ressalta-se que os juízos morais não se limitam tão-somente a dar expressões às atitudes efetivas, bem como de preferências ou de decisões contingentes de cada falante ou ator, deve-se considerar, *necessariamente*, seu conteúdo cognitivo. Nesse sentido, a ética do discurso desconsidera por completo a ideia do cepticismo ético que entende que o homem não pode atingir a verdade; essa ideia é totalmente refutada, razão pela qual entende-se que os juízos morais podem e devem ser fundamentados. Com efeito, toda teoria do desenvolvimento da capacidade de juízo moral tem que pressupor como dada a possibilidade de distinguir entre juízos morais corretos e errados. Dado o uso da razão que deve sustentar todo o móbil do discurso, resulta, imediatamente, que quem quer que participe da argumentação poderá, em princípio, chegar num consenso quanto ao juízo que se formula discursivamente sobre algo e, por conseguinte, aceitar as normas de ação ora convencionadas. Com o *universalismo*, (b) a ética do discurso contesta a suposição básica do relativismo ético, o qual entende que a validade dos juízos morais deve ser mensurada tão-somente pelos padrões deontológicos e de racionalidade das respectivas formas de vida e cultura à qual pertence, em cada caso, o sujeito que julga. Com efeito, uma vez que os juízos morais não podem avocar (erguer) uma pretensão de validade universal, conseqüentemente, estaria comprometida toda e qualquer teoria de desenvolvimento moral que pretendesse comprovar a existência de vias de desenvolvimento universais, ou seja, de antemão estaria condenada ao descrédito. Nesse sentido, a ética do discurso contende com as suposições básicas das éticas materiais que privilegiam, ontologicamente, formas de vida éticas individualizadas, em cada caso. A ética do discurso, ao destacar a esfera de validade deontológica das normas de ação, a mesma demarca o domínio daquilo reconhecido discursivamente como moral em face do domínio dos conteúdos de valor cultural. A partir da regra do *Formalismo* (U), elimina-se, a título de conteúdos não passíveis de *universalização*, todas as orientações axiológicas concretas, incutidas ao todo de uma forma de vida particular ou da história de uma vida individual. A partir desse ponto de vista deontológico, pode-se pensar num sistema de correção normativa ou da justiça, ligada às questões práticas, acessíveis a uma decisão racional. Por fim, a ética do discurso não nos oferece nenhuma orientação conteudística, antes, sim, a mesma nos oferece um procedimento vasto de pressupostos, que devem assegurar a imparcialidade da formação do juízo. Assim, o discurso prático passa a ser entendido como um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989, p. 146 – 148.

com a moral e os costumes religiosamente herdados por gerações. Desse modo, considera-se que os detentores do poder poderiam agir estrategicamente com esse poder, mobilizando-o de modo teleológico, de forma que o poder social passaria ser reconhecido - doravante - como poder político legitimado.

Esse poder administrativo concentra-se no Estado que monopoliza a força e, ainda sim, impõe aos teóricos do direito racional os conceitos pré-formulados com os quais eles querem explicar e fundamentar a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito. Por outro lado, a transformação do poder social em poder político implica uma mudança na forma do direito sagrado. Este, agora sancionado por um poder político, por ora, adquire força normativa que ultrapassa as obrigatoriedades meramente morais. Temos também um poder que alcança a estrutura de regras de relações contratuais e leis e um poder fático de mando de um soberano, cuja vontade pode dominar qualquer outra vontade sobre a Terra. Hobbes (1973, p. 132) desconstrói a ideia que menciona algum poder independente do pensamento social do homem que possa fornecer uma referência natural, assegurando a validade de nossas afirmações de justiça e injustiça. Não existe tal padrão, o estado natural não nos oferece nenhum, mas nosso entendimento desse fato pode constituir, em si, esse padrão capaz de nos mostrar um caminho. Toda obra do legislador (soberano em Hobbes), sendo esta autoridade competente para legislar, mostrar-se-á como sendo absolutamente válida e somente tal possui este caráter (SILVA, 2008, p. 224).

Uma vez estipulado o contrato de dominação, temos a instituição do poder do Estado. Dentre as funções determinadas por sua vontade soberana destaca-se a legislativa que reveste suas manifestações imperativas com a forma do direito. A soberania do senhor, expressa no poder da sua vontade canalizado pelas leis, essencialmente trata de um poder substancial de uma vontade apoiada em sua decisão. Essa decisão se dobra à razão e, por conseguinte, passa a ser convertida em lei, com intuito de ser convalidada pela lei, ou seja, apenas serve-se dela. Assim, a facticidade de um poder natural de mando pode alcançar, imediatamente, a estrutura normativa das leis que propiciam aos súditos liberdades subjetivas à ação. Examinando essas questões, Habermas (2003, p.175) expõe sua crítica as considerações de Kant e de Rousseau, afirmando que

Nem Kant nem Rousseau conseguiram apagar inteiramente os vestígios desse antagonismo, mesmo que, no entender deles, a razão da estrutura normativa autônoma (da lei do processo democrático) deva dirigir as decisões soberanas do povo unido. As ideias reformistas de Kant ainda traem o respeito de Hobbes perante o fato natural do poder político, núcleo decisionista impenetrável da política, no qual se separam o direito e a moral<sup>5</sup>.

Podemos verificar que a constelação entre razão e vontade aos poucos se modifica. Os conceitos fundamentais do direito racional da filosofia do sujeito deslocam a visão sociológica para a força social e integradora do substrato natural de sociedades *pré-estatais* em recomendações pragmáticas, consoante a um dever relativo a fins e valores livremente pretendidos pelos atores que tomam decisões inteligentes sobre a base de interesses e preferências de valor hipoteticamente pressupostas.

Alguns fenômenos presentes na modernidade – a concentração do poder administrativo, a positivação do direito e o surgimento de um poder legal – na verdade escamoteiam as condições iniciais quanto às dominações que foram instituídas pelos ditames das tradições sob as quais o poder do Estado surgia. Por exemplo, nas sociedades tribais, o poder social, assentado no prestígio de caciques, sacerdotes, membros de famílias tradicionais privilegiadas, etc., já tinha formado como uma espécie de síndrome, alimentados por normas de ação reconhecidas, privilegiando, assim, a força obrigatória oriunda de concepções místicas revestidas por

---

<sup>5</sup> Para Kant, na lei fundamental da razão pura prática encontramos as regras que determinam a forma como se deve proceder de modo objetivo na sociedade. A regra prática é incondicionada seu modo operante se dá por si mesma, sua característica e sua validade é proveniente da sua própria essência, por conseguinte, a vontade passa ser determinada de forma objetiva, absoluta e imediatamente como regra prática de lei universal. Ora por essas condições dar-se-á que a razão pura, em si mesma prática, resulta imediatamente como razão legisladora. A atuação da razão, nesses termos, estará desconexa a qualquer condição empírica externa que a torne adstrita ou condicionada, ou seja, a razão agirá em liberdade, logo essa verdade será uma vontade pura, determinada mediante a simples forma da lei, “*sendo esse motivo de determinação considerado como suprema condição de todas as máximas*”. Ora o preceito geral, portanto, a regra, determina apenas à vontade a priori em relação à forma de suas máximas, a consciência dessa lei fundamental pode ser denominada um ato da razão, porque não podemos inferi - lá de dados antecedentes da razão. In: SILVA, Luciano Braz. A moral e o mundo do direito na filosofia Kantiana. In: Seminário de Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento, 6, 2012. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes. 2012, p. 03.

uma textura sagrada que possibilitaria instituições da arbitragem para resolver os litígios e para implementar a formação coletiva da vontade.

Habermas procura apontar uma base estrutural equânime na qual as relações sociais possam ser delineadas. Inicialmente partindo da ideia de dois tipos de arbitragem de litígios e de formação coletiva da vontade, sem a pretensão de recorrer ao direito sancionado pelo Estado, nem ao poder político jurídico -, uma vez que ambos formam apenas a base sobre a qual o direito e o poder político podem constituir reciprocamente -, isto é, em seus atos, os sujeitos esperam mutuamente que eles decidam desta ou daquela forma. Nesse sentido, entende-se que toda ordem social, considerando os padrões de comportamento já auferidos, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento. Logo, quando não se adota a coordenação reconhecida na ordem social, evidentemente, essas ações carecem de legitimidade. Assim, considerando as mudanças que ocorrem em nosso tempo num dinamismo sem precedente e, considerando também, o desafio que essas mudanças significam para ordem legal, acredita-se que a mudança pode ser efetuada pela lei. Entende Pozzoli (2011, p. 79), que “a lei realmente pode estabilizar, legalizar e coordenar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de uma ação extralegal”; razão pela qual é possível afirmar que a positivação dos direitos humanos não se dá, exclusivamente, por obra do legislador que subitamente foi despertado pela crueza de uma injustiça, mas pelo contrário, surge da necessidade de reorganizar o corpo social.

Duas são as formas pelas quais esse problema poderá se manifestar. Poderemos ter um conflito na ação, de antemão não regulado, provocado por orientações individuais inconciliáveis; ou, noutro caso, o que está em jogo é a escolha de uma realização cooperativa que almeja fins coletivos (*regulamentação de conflitos interpessoais versus persecução de objetivos e programas coletivos*). No primeiro caso, os envolvidos no problema devem responder a uma pergunta de ordem não somente moral, mas primariamente, de ordem estrutural, a saber: “Quais são as regras de nossa convivência?”; no segundo caso, temos uma pergunta de ordem sistêmica e finalística: “que tipo de objetivos pretendemos atingir e por qual caminho? (HABERMAS, 2003, p. 176-177). Essas interações simples difundem-se delineadamente por meio de um modo *continuum* que é limitado em ambos os lados “por tipos puros do agir, orientados por valores e

interesses”. Uma coordenação da ação interpessoal dá-se, no primeiro caso, através consenso e acordos discursivos racionais sobre valores; no segundo, pela compreensão de interesses. Esses motivos formam, na maioria das vezes, uma situação mista; todavia, conforme a relevância e tematização de um ou de outro aspecto, os próprios atores são levados a assumir diferentes enfoques – o enfoque performativo de um ator orientado pelo entendimento ou enfoque objetivador do ator que se orienta pelas consequências da ação, à luz de preferências próprias.

As perspectivas tomadas pelos atores, de certo modo, fazem com que os problemas da coordenação da ação sejam tematizados por diferentes modos. Numa situação onde o agir esteja orientado por valores, os atores buscam um consenso ou apoiam-se nele; numa condição onde o agir esteja orientado por interesses, os atores visam a uma compensação de interesses ou a um compromisso. Destarte verifica-se que a prática de entendimento diferencia-se da prática de negociação por sua finalidade (SILVA, 2015b, p. 378). No entendimento temos o consenso, enquanto, na negociação, temos o interesse. Num caso, a união é interpretada como um consenso, no outro, como um pacto. Portanto, no primeiro caso, recorre-se às considerações de normas e valores; no segundo caso, configura-se a avaliação de situações e interesses.

### **3 TIPOS ELEMENTARES DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE FORMAÇÃO DE VONTADE COLETIVA**

“Consenso” e “arbitragem” são emblemas utilizados para dois tipos de arbitragem de conflitos. Consoante condição de um agir orientado por normas, de onde se pode formular um consenso de valores, existe a possibilidade de os partidos tomarem consciência dos conflitos arrostados e, por conseguinte determinarem uma solução devida. Nesses casos, a solução pode ser encontrada em ditames morais (um líder religioso) ou então, em processos de decisões correspondentes (oráculos). Ainda sim, temos as situações que são reguladas por interesse, e, nessas condições, os conflitos são resolvidos mediante um poder de mando apoiado por um correspondente potencial de ameaça, os partidos chegam a uma compensação de interesses, estipulada na forma de indenizações por desvantagens surgidas. A solução de tal conflito implica a atuação de um mediador, que irá propor uma negociação às partes. Todavia, o mediador não poderá impor às partes uma decisão obrigatória, tendo



em vista que ele não se encontra acima dos partidos. “Autoridade” e “compromisso” são, noutro aspecto, tópicos para dois princípios da formação da vontade, em cuja luz pode ser superado um dissenso sobre finalidades. Habermas (2003, p. 178-179) salienta que as técnicas da “arbitragem” e da “formação de compromisso”, mormente, apoiam-se em posições de poder social, que foram sendo construídas por prestígios existentes na associação de famílias hierarquicamente estratificadas e mediante as funções sacerdotais diferenciadas, ancião e condutor (em tempos de guerra ou de paz).

Dadas as premissas até aqui analisadas, podemos descrever o instante co-originário do direito político e do poder político, considerados por Habermas como dois degraus distintos que se concatenam. No primeiro momento, temos a figura de um juiz-rei que ganha autoridade normativa, que monopoliza as funções de arbitragem do estado-maior do poder e que torna possível a formação coletiva da vontade na forma organizada do poder político. Nesse sentido, a autoridade do direito sagrado, ainda entrelaçado com a moral e com os costumes, passa a ser interpretada por esse juiz-rei que dispõe de um status que o qualifica como autoridade uma normativa; o poder, de fato que inicialmente qualificava uma pessoa de prestígio a assumir tal posição transforma-se em poder legítimo (SCHUMACHER, 2000. p. 179). As funções de arbitragem de litígios, até então espalhadas, poderiam ser avocadas por um chefe que dispunha, inicialmente, de boa reputação e poder social coletivamente reconhecido, de forma a monopolizar, doravante, essa função na medida em que ele assume a administração dos bens salvíficos e se transforma no intérprete exclusivo das normas que regem (ou deveriam) a sociedade, reconhecidas como sagradas e moralmente obrigatórias. Logo, dada a detenção desse poder nas mãos do juiz-rei, a prática da arbitragem de disputa passa ser admitida como normas reconhecidas que sustentam uma validade afirmativa de um direito faticamente imposto que ultrapassa uma obrigatoriedade meramente moral. O poder social natural do rei-juiz, já reconhecido coletivamente e revestido por um conteúdo sagrado, outorga a jurisdição a aplicar ameaças e sanções. Dada a instituição e a manutenção jurisdicional, temos a transposição do direito tradicional para o direito sancionado pelo governante. Ora o poder pré-estatal afirma o direito tradicional, que vive apenas da autoridade sagrada e, por conseguinte, o transforma num direito sancionado pelo governante, tornando-o obrigatório. Ambos os processos, simultaneamente, são interligados mediante um uno actoque

convalida o poder por meio do direito sagrado e a sanção do direito por meio do poder social ora instituído. O poder do Estado origina-se dessa forma, regulado de acordo com o direito sancionado pelo Estado e instituído por intermédio do poder político.

O direito, em sua função, deve oferecer ao Estado meios e condições para que expectativas de comportamento, de forma generalizada, possam ser estabilizadas, social e objetivamente. Habermas menciona – no segundo degrau de modelo dos componentes co-origenários do poder político e do direito do Estado – a institucionalização de funções organizadas do exercício do poder político. Assim, a legitimação do poder político não se dará mais em função exclusiva do direito, o poder organizado do Estado poderá servir-se dele como de um meio de organização. A autoridade normativa que reveste o poder do Estado, graças à função que o direito exerce no Estado, adquire competência para aplicar e tomar decisões juridicamente obrigatórias. Tendo em vista a instrumentalidade do direito que confere legitimidade ao poder do Estado, mediante sua regulamentação, é possível falar em domínio organizado estritamente pelo Estado. Aprofundando em suas considerações, Habermas (2003, p. 182-183) destaca que

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordem aos outros. E, nesse sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito.

Somente na sociedade moderna o poder político pode desenvolver-se como poder legal. Essa identidade lhe é conferida à luz do direito positivo. Ainda sim, no Estado de direito, o poder político corrobora – de certo modo – à validade das expectativas quanto à função que o direito exerce, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, no desenvolvimento de uma segurança jurídica que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento e do alheio. Para sua validade, as normas jurídicas devem assumir e transmitir conotação precisa e não contraditórias, devem revestir de confiança as expectativas que são aguardadas, portanto, devem ser compreensíveis, formuladas por escrito, devem

munir-se da publicidade, não devem retroceder aos atos pelos quais foram avocadas, ou seja, devem interligar os fatos respectivos às consequências jurídicas e regulá-los de modo geral, de tal forma que a sua aplicabilidade seja neutra; deve ser aplicada da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes. Destarte, as regras do direito assumem um elevado grau de consistência e explicação conceitual. A isso corresponde um direito que não se exaure simplesmente em normas de comportamento, o direito deve contribuir – de sobremodo – à função própria do poder organizado na forma do Estado, o qual elabora regras secundárias que tratam de normas de competência que revestem os órgãos do poder do Estado com autorizações, formas de organizações, determinam procedimentos segundo os quais criam programas de leis que são criadas pela administração (portarias, resoluções) ou na justiça.

#### **4 OPINIÃO PÚBLICA E PODER COMUNICATIVO: A SÍNTESE DOS ELEMENTOS *ESFERA PÚBLICA* E SOCIEDADE CIVIL**

No Estado democrático de direito, o exercício do poder político regula-se a partir de duas codificações. Num primeiro momento, constata-se a necessidade de se entender como se dá o processamento institucionalizado dos problemas cogentes; num segundo instante, como se dá a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros, como efetivação de um sistema de direito. Depreende-se das constituições modernas uma ideia concebida sobre pressupostos do direito racional, do qual os cidadãos, por decisão própria, interligam-se a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. Ora, a comunidade desses cidadãos, visando à estabilização das suas estruturas e as possíveis manutenções que se mostrarem necessárias, reclama uma constituição que assegure a todos eles um status que os iguale em direitos e garantias fundamentais. Esses direitos, garantidos pelas constituições, são identificados como direitos específicos dos quais os cidadãos, reciprocamente, reconhecem. Sendo assim, as constituições outorgarão a esses direitos – convencionados e instituídos a partir dos diálogos democráticos – o caráter de validade e, conseqüentemente, os convívios dos cidadãos, regulados pelo direito positivo, possuirão legitimidade conferida pela própria constituição. Nesse sentido, não obstante o direito moderno – via sanção estatal – reconheça e fundamente relações de

reconhecimento intersubjetivo, esses direitos (*prima facie*) asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, potencialmente violáveis.

Em última instância, trata-se da defesa dessas pessoas individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no direito, seja na moral – dependa da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo (HABERMAS, 2007, p. 237).

O filósofo alemão faz uma releitura dos pressupostos de validade do direito, tomando como campo de pesquisa o mundo da vida onde ocorrem os discursos, os diálogos interpelativos, o próprio exercício democrático; entende o filósofo que, dado às novas complexidades que surgiram nesses espaços, o direito reclama outras leituras que considere também novas perspectivas e interesses outrora inexistentes:

Mas, nas arenas políticas, quem se defronta são agentes coletivos, que discutem sobre objetivos coletivos e acerca da distribuição dos bens coletivos. Apenas diante de um tribunal e no âmbito dum discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis por meio de ação judicial. Quanto ao direito vigente, também ele precisa ser interpretado de maneira diversa em face de novas necessidades e situações de interesse. Essa disputa acerca da interpretação e imposição de reivindicações historicamente irresolvidas é uma luta por direitos legítimos, nos quais estão implicados agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade. Nessa "luta por reconhecimento", segundo demonstrou A. Honneth, articulam-se experiências coletivas de integridade ferida (HABERMAS, 2007, p. 238).

Assim, os discursos ocorridos nos espaços públicos democráticos podem conduzir à formulação de um sistema de direitos e de uma vontade política racional que se vincula a uma concepção de *solidariedade cívica* ou de *patriotismo constitucional*, que é necessário à implementação de instrumentos que tragam soluções aos emergentes conflitos decorrentes da convivência (interna e externa) nos contextos de diversidades culturais. Ao mesmo tempo, então, em que, os discursos proferidos nos espaços públicos destinados aos atos de fala constituem exercício efetivo da soberania popular, produzirão também concepções intersubjetivas de direitos

fundamentais das quais se poderão pensar em condições e possibilidades de reconstruir a legitimidade dos Direitos Humanos com o objetivo de serem afirmados como direitos fundamentais universais (POKER, 2008, p. 65). Vejamos que, em razão das conquistas políticas liberais, bem como da social-democracia oriundas dos movimentos emancipatório e dos trabalhadores europeus, acreditou-se, então, numa teoria do direito que tornasse relevante algumas orientações de ordem individualistas. Essas ocorrências – lutas político-sociais de reconhecimento – objetivavam tão-somente suplantar a privação de direitos de grupos desprivilegiados e com isso, a fragmentação da sociedade em classes sociais; entretanto, as reivindicações daqueles grupos marginalizados que reclamavam para si *chances iguais de vida no meio social*, paulatinamente, ao se concretizar assumiram característica de universalização socioestatal dos direitos do cidadão. A filosofia de habermasiana aponta que, após a falência do socialismo de Estado, *restou apenas essa perspectiva*. O trabalho assalariado, a segurança, a justiça social e o bem-estar figuraram, *prima facie*, expectativas de direitos que promoveriam, de forma fundamentada, a promoção do *status* social que seria alcançado com o acréscimo desses direitos legalmente compartilhados e com a participação na vida política (SILVA, 2013, p. 67).

No denominado mundo pós-moderno, as comunicações e as decisões que são tomadas, sejam em nível nacional ou internacional, demarcam seções próprias de tempo e espaço. Assuntos de repercussão nacional ou internacional ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e à escolha de temas e contribuições que são discutidas sob a pressão político-social consomem energias próprias, exigem um investimento particular em termos de organização, implicam, além disso, custos em termos de decisão protelada ou perdida. Afirmo Pozzoli (2001, p. 28) que

Toda trajetória até então tida pela humanidade resultou em ter como princípio o respeito à vida, a continuidade da vida humana. Isto não pode ser negado. Assim, podemos ver o início de uma cultura indicadora do que hoje caracterizamos como dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito às políticas de reivindicações, que buscam estabelecer igualdades de direitos, bem como o

reconhecimento de identidades coletivas que visem a assegurar formas de vida culturais, por exemplo, feministas, minorias em sociedades multiculturais, povos que lutam por sua independência nacional ou regiões colonizadas no passado e que hoje reivindicam direitos e tratamentos igualitários. No cenário internacional, essas realidades dispare, diagnosticam uma realidade que parece contrariar a auto compreensão do Estado democrático de direito. Quando se discute políticas de reconhecimento de formas de vida e das tradições culturais sempre marginalizadas – ora no contexto de uma cultura majoritária, ora na sociedade mundial dominada por forças eurocêntricas ou do Atlântico Norte – necessariamente, não há que se falar também em garantias de status ou de sobrevivência? Com isso, não temos que apontar ao menos uma espécie de direitos coletivos dos quais faça romper a auto compreensão do Estado democrático de direito que herdamos moldada segundo direitos subjetivos, e, portanto de caráter liberal? (HABERMAS, 2007, p. 239).

Vejamos que, só podem ser tomados por legítimos os processos nos quais os sujeitos, livremente, se reúnem em torno de algo para deliberarem. Isso significa dizer que os participantes não serão conduzidos por algo externo ao seu intento, enquanto agentes de atos de fala discursiva racionalmente fundamentada, todavia isso não exclui a possibilidade do falibilismo, pois a busca pela resposta unívoca não garante, por si mesma, um resultado correto. Assim somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis. Em segundo lugar, os participantes devem comprometer-se, por meio de um questionamento específico, e tomar o direito moderno como *médium* para regular suas convivências. Da legitimação empregada ao consentimento geral obtido sob condições do discurso democrático, vinculado às leis obrigatórias que abrem espaços para iguais liberdades subjetivas, remonta ao conceito kantiano da ideia de autonomia política: de modo que, ninguém tido como livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar – em condições absolutamente semelhantes – da liberdade sob leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação discursiva racional.

Para uma compreensão válida sobre o sistema dos direitos fundamentais, cumpre analisarmos, de antemão, algumas objeções quanto à tentativa procedimentalista de combinar a ideia dos direitos humanos com o princípio da soberania do povo. Dada a relevância

dessas objeções, mister se faz obter clareza sobre as consequências da proposta que busca explicar a forma do Estado de direito democrático sob o viés da institucionalização jurídica de uma ampla rede de discursos. Por uma questão lógica, os discursos públicos passam a ser especificados em detrimento do objeto no qual são formulados e, sendo assim, há que se considerar, também, o tempo e o contexto social, tendo em vista a formação política da opinião e da vontade em espaços públicos e nas corporações legislativas, bem como nos atos jurídicos e administrativos decisórios. Ainda nas considerações observadas por Habermas, a visão de Michelman *dirigi-se para esta dimensão da regulação jurídica*; por conseguinte, abrange tanto os direitos fundamentais e políticos, passando pelas determinações da parte organizacional da constituição, alcançando os direitos procedimentais e as ordens do dia de corporações. Vê Habermas (2003, p. 165 - 166) que, Michelman aponta para a dimensão do estabelecimento de formas de comunicação, sabendo que a prática constituinte não pode ser reconstruída conforme critérios da teoria do discurso, pois, certamente, chegar-se-ia a um processo circular infundável. Ora, um processo democrático confiável é, necessariamente, um processo continuado e condicionado legalmente por leis que buscam uma representação política por associações civis e familiares, o direito à liberdade de fala, à propriedade, o acesso à mídia. Destarte, as leis que tratam desses objetos devem ser constituídas por meio de procedimentos válidos, politicamente democráticos, sem distorções, não somente nos ambientes estatais, mas, também, nas redes da sociedade como um todo.

Graças a esse sentido performativo disponível para cada cidadão ligado a uma comunidade política democrática, cada um pode contribuir, à sua maneira, para explicar o que significa perseguir e concretizar o projeto de uma associação de sujeitos livres e iguais que se autodeterminam. Destarte, qualquer ato fundador abre possibilidades a um processo ulterior que se autocorrige reestruturando as fontes do sistema de direito. A interpretação discursiva da auto constituição democrática do Estado constitucional exige ainda, que demonstremos como os princípios democráticos são inerentes à constituição da democracia enquanto tal. Devemos explicar em que sentido os direitos fundamentais, em sua totalidade, são constitutivos para o processo da auto legislação, o que suplantaria a suposta objeção paradoxal estante entre democracia e Estado de direito.

Num primeiro momento, os participantes compreendem que, para realizar seu projeto pelo caminho do direito, há que se criar uma ordem de *status*, de forma que todo e qualquer cidadão e, até mesmo aqueles que irão engajar-se futuramente ao projeto, serão reconhecidos como portadores de direitos subjetivos. Tal ordem de direito positivo e obrigatório com traços subjetivistas, será concretizada desde que sejam introduzidos os direitos fundamentais de conteúdo concreto variável, (I) *que resultam da configuração autônoma do direito e que asseguram as liberdades subjetivas para cada um*, (II) *que resultam da configuração autônoma do status de membro de uma associação livre de parceiros do direito*, (III) *que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual*. Nesse sentido, reflete Habermas que essas três modalidades de direito são fundamentais para a constituição de uma associação de parceiros jurídicos que se reconhecem, reciprocamente, como portadores de direitos subjetivos reclamáveis. Por conseguinte, para sua instituição, ainda se faz necessário que se introduza uma nova categoria de direitos fundamentais: direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável) *que resultam da configuração autônoma do direito*, visando a assegurar uma participação em igualdade de condições na esfera da legislação política (HABERMAS, 2003, p. 168 - 169). Assim, o princípio democrático somente pode ser concretizado no mundo dos fatos desde que haja, efetivamente, o Estado de direito, pois ambos os princípios se locupletam reciprocamente numa relação de implicações materiais congêntas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tensão existente entre a soberania popular e os direitos humanos não pode ser solucionada de modo sério, tão-somente, com base na teoria política, ou seja, a teoria política está aquém das condições necessárias para equacionar essa tensão. O republicanismo, que remonta a Aristóteles e ao Humanismo político do Renascimento, sempre concedeu preferência à autonomia pública dos cidadãos em detrimento das liberdades não-políticas dos indivíduos privados. O liberalismo que se refere a Locke denunciou o perigo suscitado pelos atos da maioria tirânica e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo. Desse modo, não há alarde algum quanto ao motivo pela qual as teorias do direito tenham dado uma dupla resposta às questões de



legitimação, ou seja, por um lado faz-se referência ao princípio da soberania popular e, por outro, faz-se alusão ao domínio das leis garantido pelos direitos humanos. No que tange ao princípio da soberania popular, aponta-se para os direitos de comunicação e participação que asseguram autonomia pública dos cidadãos do Estado; e quanto ao domínio das leis, temos os direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. Nesse sentido, o direito – dado o seu caráter instrumental – legitima-se como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. A partir dessas premissas, os direitos humanos passariam ser entendidos sob dois ângulos, a) em um caso, os direitos humanos deveriam a sua legitimidade ao resultado da auto compreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política; b) no outro caso, eles deveriam construir limites legítimos, a partir deles mesmos, que vedassem à vontade soberana do povo a usurpação das esferas de liberdade subjetivas intocáveis.

Na dialética entre liberalismo e democracia radical, fenômenos intensificados com a Revolução Francesa, a disputa se concentrava em torno do modo como a igualdade pode ser equacionada frente à liberdade, bem como a unidade com a pluralidade, o direito da maioria com o da minoria. Para os liberais a institucionalização jurídica das liberdades iguais devem vir em primeira mão, sendo descritas como direitos subjetivos. Para eles, os direitos humanos gozam de um primado normativo do qual a vontade do legislador democrático subjaz; os direitos humanos permanecem, assim, com status *prima facie* em relação à democracia e à constituição que divide os poderes. Por sua vez, o ponto em destaque desta apreciação consiste no vínculo estabelecido entre razão prática e vontade soberana, entre direitos humanos e democracia. Para que a razão legitimadora do poder não se anteponha mais à vontade soberana do povo, situando os direitos humanos num estado natural fictício, atribui-se à prática de legislação autônoma uma estrutura racional peculiar, de tal forma que a vontade unida dos cidadãos só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, é forçada *per se* a uma operação que exclui todos os interesses não generalizáveis, admitindo apenas as normatizações que garantem a todos iguais liberdades. O exercício da soberania popular garante, pois, os direitos humanos.

Logo, para que intuição ganhe expressão correta, recomenda-se observar o procedimento democrático sob pontos de

vistas da teoria dos discursos, que trazem consigo os fenômenos do mundo da vida circunscritos em meio ao pluralismo social e a visões de mundo, de forma a se conferir legitimidade ao processo de criação do direito. Assim, são válidas tão-somente as regulamentações que contam com a concordância, quiçá, de todos os envolvidos participantes de um mesmo discurso racional. Tratando-se de discursos e negociações suscitados no espaço em que se pode formar uma vontade política racional, inclusiva e participativa, consoante racionalidade reguladora do processo democrático, tal reflexão esclarece e legitima ainda mais os direitos políticos do cidadão, isto é, os direitos de comunicação e de participação que asseguram o exercício da autonomia política e não os direitos humanos clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Os direitos fundamentais que tratam das liberdades subjetivas iguais, bem como os direitos fundamentais que tratam do status de identidade nacional e a ampla proteção jurídica individual são direitos que trazem consigo valores intrínsecos e, dessa forma, cabe a cada cidadão desempenhar esforços para sua real garantia, para que, assim, possam alcançar os objetivos de sua vida privada em igualdade de condições (chances).

## REFERÊNCIAS

CHAMON J. Lúcio Antonio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: Incurções teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DURÃO, Aylton Barbieri. **A tensão interna entre facticidade e validade no direito segundo Habermas**. (Org), MARTINS, Clélia Aparecida, e POKER, José Geraldo. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. "ed.". "Tradução: Paulo Astor Soethe". São Paulo: Loyola. 2007.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera Pública**. 2. "ed.". "Tradução: Flávio R. Kothe". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. I. 2. "ed.". "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. II. 2. "ed.". "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_. **Era das transições**. "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **A constelação pós-nacional:** Ensaios políticos. “Tradução: Márcio Seligmann Silva”. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa.** Racionalidad de La acción y racionalización social. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Abril, Os pensadores XVIII. São Paulo, 1973;

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Trad: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MEAD, G. H. **Espiritu, persona y sociedad.** Ciudad de México :Paidós. 1993.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

PENITENTE, Luciana Aparecida de Araújo. **Habermas e Mead:** A linguagem como Médiu de Socialização. (Orgs). Clélia Aparecida Martins e José Geraldo Poker. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

PIZZI, Jovino. **Desafios Éticos e Políticos da Cidadania.** Ensaios de Ética e Filosofia Política. Ijuí: Unijuí. 2006.

POZZOLI, Lafayette. **A Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988:** Função promocional do direito. São Paulo: Educ. 2011;

\_\_\_\_\_. **Maritain e o Direito.** São Paulo: Loyola. 2001.

POKER, José Geraldo A.B. **A democracia e o problema da racionalidade.** (orgs.) Clélia Aparecida Martins e José Geraldo Poker. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp. 2008.

SCHUMACHER, Aluisio Almeida. **“Comunicação e democracia: fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa”.** 2000. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Política). Departamento de Ciências Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2000.

SILVA, Luciano Braz. **Democracia e comunidade jurídica:** ações, deliberações, ética e responsabilidade. Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro, v.6, n.11, 2015a, pg. 155-156.

\_\_\_\_\_. **Racionalidade do Direito e a Condição Humana:** SOBRE O ENTRELAÇAMENTO ENTRE O DIREITO, POLÍTICA E MORAL. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v.8, n.01, 2015b, pg. 378.

\_\_\_\_\_. **Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI:** Os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e, dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013.

\_\_\_\_\_. **A moral e o mundo do direito na filosofia Kantiana.** Seminário de Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento, 6, 2012. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes. 2012, p. 03

\_\_\_\_\_. **A ética no direito.** 2008. Fls. 447. Iniciação Científica (Filosofia do direito). FAPESP. Fundação de Amparo Pesquisa do Estado de Paulo. Marília, 2008.

TAYLOR, C. **The Politics of Recognition.** In: GUTMANN, A. (ed.). Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition. Princeton: Princeton University. 1994

\_\_\_\_\_. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. Tradução de Adail U. Sobral; Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. **Política e direito:** a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. (Org.) Marcos Nobre, e Ricardo Terra. Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros. 2008.

# MULTIPARENTALIDADE: O “NOVO” DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Melrian Ferreira da Silva Simões<sup>1</sup>

Cleber Affonso Angeluci<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O tema família suscita acalorados estudos e debates, não apenas no Direito, mas em outras áreas do conhecimento humano como a Sociologia, Psicologia e a Psicanálise, por levar aqueles que se dedicam ao seu estudo ao confronto com indagações que remetem a sua formação, mudanças em sua estrutura através dos tempos, às relações parentais que dela emergem, direitos e deveres existentes entre seus membros, enfim, os limites de sua extensão. Há na família a importância de ser elemento agregador com incontestável influência na formação da pessoa e, por consequência, da sociedade e do Estado.

A guisa de se demarcar um momento histórico em que a família passa a ser referência de estudo, poder-se-á indicar o Direito Romano como parâmetro de organização da família e referência

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM” (2014), sendo bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo “Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem”, Participante do Grupo de Pesquisa em Ética do Afeto (GPEA) e do Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Integrativas (GEP) ambos da instituição “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”. Advogada. Endereço eletrônico: melriansimoes@ig.com.br.

<sup>2</sup> Doutor em Educação pela Universidade Federal do Mato Grosso, Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Especialista em Direito Empresarial pela Instituição Toledo de Ensino, Docente do Curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – Campus de Três Lagoas, Coordenador do Projeto de Pesquisa “O Direito de Família Contemporâneo”. cleberangeluci@gmail.com

dentro da sociedade, da vida dos cidadãos e da política do Estado. Na família romana o *pater*, ancestral comum e mais velho, detinha não apenas a administração dos bens e valores, mas a ele estavam subordinados os filhos e demais descendentes, suas esposas e os escravos. A chefia da família notadamente patriarcal não era destituída ou questionada, dissolvendo-se apenas com a morte do *pater*, momento em que duas possibilidades se abriam aos seus descendentes: cada um deles poderia tornar-se *pater* em relação à sua descendência ou, através do consenso entre os descendentes (filhos) diretos do *pater* morto, um deles era escolhido pelos demais para substituí-lo mantendo-se desta forma a estrutura original da família<sup>3</sup>.

Em um segundo momento a presença do Direito Canônico impôs à família a vinculação de sua legitimidade e de sua prole à celebração do matrimônio, considerado um sacramento<sup>4</sup> e por este motivo indissolúvel, ressalvadas as hipóteses em que a dissolução era permitida. As codificações de diversos países eminentemente católicos foram influenciadas pelos cânones da Igreja, dentre eles o Brasil cujo diploma civil de 1916 entendia como família legítima apenas aquela constituída pelo casamento e, a disciplina acerca dos impedimentos matrimoniais, pátrio-poder, débitos conjugais, o homem como chefe da família, a impossibilidade do divórcio até 1977denotavam exemplos normativosderivados dos laços existentes entre Igreja e Estado que foram rompidos apenas com a expressa declaração da laicidade na Constituição de 1988.

A família brasileira durante a colonização foi objeto dos escritos de Vainfas, que entre outras observações ressalta o quão intervencionista era a Igreja no que tocava aos relacionamentos entre os colonos e as “mulheres da terra”, índias e negras alforriadas, dificultando o casamento entre eles o que, em contrapartida,

<sup>3</sup> DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 1.991.

<sup>4</sup>San Tiago Dantas, com maestria, delimita bem a definição de sacramento nos termos do Cânone 840 do Código Canônico de 1917: “O sacramento é um meio externo pelo qual se assegura ao indivíduo certa participação na graça. Quer dizer, comunica-se ao homem, pelo sacramento, ou um estado, ou uma força, que ele normalmente por sua vontade natural, não tem. O sacramento é então, na concepção da Igreja, um ato externo capaz de comunicar ao homem uma força que se acrescenta à sua vontade, ou capaz de modificar-lhe o estado: o batismo, a comunhão, a penitência, a ordem, a extrema unção, todos são sacramentos que têm tal eficácia”. DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 1.991. p.43.

fomentava os amancebamentos e proporcional número aumento dos nascimentos dos filhos ditos ilegítimos.

A soltura de nossos colonos, perceptível nas atitudes poligâmicas e concubinárias que teimavam em manter, possuía regras e condicionantes gerais, ensejada pela situação colonial e funcionamento em seu proveito. No entanto, por mais “libertinos” que fossem os portugueses recém-chegados, nem por isso se mostraram absolutamente desdenhosos em face das interdições eclesiásticas e da noção do pecado. Se agiam com irreverência, se desde o século XVI cuidavam logo de amancebar-se com quantas índias lhes topassem o caminho, não o faziam sem crises de consciência, portadores do sentimento de culpa que a Igreja insistia em difundir entre a massa de fiéis.<sup>5</sup>

A realidade da família brasileira até o último século espelhava-se nos costumes sociais e nos moldes da família abastada da época da colonização e do início da industrialização no país, em que pai, mãe e filhos formavam uma família tradicional<sup>6</sup> com o predomínio da figura masculina como o chefe, o patriarca a quem todos os demais membros do núcleo encontram-se subordinados e a quem deviam respeito e principalmente obediência. As noções de individualidade, afeto, amor, da reciprocidade de responsabilidades e do cuidado não possuíam espaço dentro do modelo da família tradicional, matrimonializada, patriarcal e normatizada, pois prevista em lei.

É fato que mudanças comportamentais, associadas à ocorrência de duas guerras mundiais, a revolução industrial, a entrada da mulher no mercado de trabalho, o direito feminino ao voto e mais recentemente a globalização, avanços tecnológicos, o multiculturalismo, apenas para citar alguns acontecimentos dentro da linha espaço-tempo da história mundial, tiveram reflexos na vida dos

<sup>5</sup> VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 82-83.

<sup>6</sup> Sobre a família tradicional Roudinesco leciona que: “Numa primeira fase, a família dita ‘tradicional’ serve acima de tudo para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos são então arrançados entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposo, em geral unidos em idade precoce, seja levada em conta. Nessa ótica, a célula familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino”. ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*. Tradução: André Telles. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 19.

indivíduos e, conseqüentemente, no modelo familiar que passou a compreender vários arranjos e novas estruturas. A família é a mesma quanto ao sentido de referência e importância na vida daqueles que a compõe, mas seus formatos são outros, recriando e redescobrimdo o viver em família, com a redefinição de papéis e funções sem deixar de sê-la, ela mesma, sempre uma família.

Com estas novas posturas sociais, tem o Direito enfrentado suas próprias batalhas a fim de se ajustar ao novo, às novas demandas que surgem e aportam no Judiciário a se discutir os novos arranjos familiares e os desdobramentos jurídicos de sua existência, a filiação socioafetiva, as uniões homoafetivas, a alienação parental, o abandono afetivo, a reprodução humana assistida e a bioética, os embriões excedentários, o direito do filho ao conhecimento de sua origem biológica versus o anonimato do doador de gametas.

Falar em família na atualidade exige que se pronuncie no plural, em famílias, afeto, dignidade, igualdade, solidariedade e amor. O Direito das famílias tem de estar atento às mudanças, como tem de ter olhos para ver as desigualdades e preconceitos ainda vigentes, resguardar direitos e garanti-los principalmente aos mais frágeis, sem se afastar da realidade, das questões que demandam respostas e, das muitas famílias que ainda se encontram à margem, no aguardo do amparo normativo ou da resposta do Judiciário como é o caso daquelas famílias que vivem a multiparentalidade.

A família brasileira ganhou uma nova roupagem com o advento da Constituição Federal de 1988, que determinou o fim das odiosas distinções entre os filhos, reconheceu a união estável como entidade familiar, neste ponto acompanhada pelas famílias monoparentais, instituiu a proteção à criança e ao adolescente, sem se olvidar a proteção ao idoso. Sem dúvida, trouxe inovações, que para alguns pensadores ainda tímidas e conservadoras, mas um primeiro passo para diminuir as distâncias e preconceitos. Hoje o conceito de família é mais abrangente, como ensina Diniz,

[...] deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada ou não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na



monoparentalidade. É ela o núcleo do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano<sup>7</sup>.

Este novo conceito da família é o tem servido de norte à doutrina e à jurisprudência no entender e solucionar demandas na seara familiarista quando silente o legislador. Esta atuação, entretanto, é norteada pela hermenêutica e atendimento aos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família com vistas a compatibilizá-lo à realidade fática. Por isso a afirmação de juristas no sentido de que há um direito de família antes e outro nascido após a Constituição de 1988 a exigir daqueles que se interessam pelo tema a necessidade de entender como a Carta Magna alterou conceitos e paradigmas do Direito de Família.

## 1 O DIREITO DE FAMÍLIA PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O texto constitucional trouxe uma série de inovações identificáveis desde os princípios constitucionais, os direitos fundamentais com a deferência aos direitos fundamentais sociais, até a menção explícita de proteção à família. Antes desta nova ordem constitucional, família como ensina Silvio Rodrigues<sup>8</sup>, era a formada pelo pai, mãe e filhos<sup>9</sup>, instituída por meio do casamento válido e assim denominada, família matrimonial. Inconcebível a idéia de outra forma de família legítima, pois quaisquer outros núcleos familiares, bem como os filhos assim concebidos, eram entendidos como ilegítimos a não merecer o devido amparo legal (conforme redação original do art. 358 do Código Civil de 1916).

Embora a normatividade vigente a época fosse calcada em preconceitos e ainda presentes os fortes conceitos canônicos, aos poucos, leis esparsas foram surgindo na tentativa de ajustara defasada legislação às mudanças sociais e, principalmente, ao anseio de justiça proporcionado pela inclusão da mulher na vida

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5. Direito de família. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.13.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Silvio. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. VI. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo. 1987. p. 4.

<sup>9</sup> No mesmo sentido Orlando Gomes ratifica a formação da família legítima, como um grupo sem personalidade jurídica formada pelos cônjuges e sua prole. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p.1.

social. Exemplos desta transformação, a Lei n.º 4.121 de 27 de agosto de 1962 mais conhecida como Estatuto da Mulher Casada, a Lei n.º 6.515 de 26 de Dezembro de 1977 que estabeleceu as hipóteses de permissibilidade de dissolução da sociedade conjugal e do casamento<sup>10</sup>, pela importância de relativização de alguns dogmas, como o que se refere à situação da mulher dentro da sociedade conjugal, bem como no que tange a regularizar separações de fato que em muitos casos já datavam de anos e, possibilitar que estas pessoas pudessem seguir com suas vidas, com novos relacionamentos, com a constituição de novas famílias.

Algumas mães e pais, após a separação judicial, por diferentes motivos, optaram em permanecer apenas em companhia dos filhos, formando com estes uma família; a família monoparental, que até 1988 não recebia do legislador ordinário proteção legal por não ser reconhecida sequer como um núcleo familiar. Durante a vigência do Código Civil de 1916, não havia como se falar em formatos familiares que fossem divergentes do modelo tradicional, pelo total engessamento causado pelo ordenamento jurídico, como bem explicam Oliveira e Hironaka:

Os seres humanos mudam e mudam os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto *ninho*. A maneira de organizá-lo e de fazê-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes uma da outra. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado, esse fenômeno pode se revelar engessado, por estreita demais a norma para tão expansível realidade<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Oliveira e Hironaka, ao tratarem das disposições normativas e sua gradativa mudança, ressaltam que: “A evolução se deu por etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60 do século passado, alterando para melhor a figura e a posição da mulher casada (lei n.º 4.121/62) e instituindo o divórcio (Emenda Constitucional n.º 9/77 e Lei n.º 6.515/77) como instrumento para regularização da situação jurídica de descasados, que viessem a contrair novas uniões, então consideradas à margem da lei.” OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.ª ed. 2.ª tir. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 4-5.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. DIAS, Maria Berenice (Org.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) in *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.7.

A romper com este engessado do direito codificado, a Carta Magna concedeu proteção à família e prestigiou sua importância à formação do Estado, fazendo expressa menção à união estável e reconhecendo-a como entidade familiar sem deixar de abranger a família monoparental, estabelecendo a igualdade entre os cônjuges, inclusive quanto ao exercício do poder familiar, a igualdade entre os filhos independente de sua origem, a proteção e primazia do melhor interesse da criança e do adolescente, a paternidade responsável, o dever do Estado de assistir a família na pessoa de cada um de seus membros<sup>12</sup>.

A nova Constituição Federal trouxe ao Direito de Família a possibilidade de diálogo, pautada na inclusão, com a quebra de antigos conceitos que afastavam do Direito famílias reais que não se encaixavam no modelo imposto pela legislação codificada, fruto da matriz eminentemente canônica.

Conforme bem expressa Pereira, à compreensão das inovações trazidas pela Constituição, à Família e ao Direito de Família:

Para o Direito de Família foi uma verdadeira revolução. Foi a partir da revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do Direito de Família, e que nos autorizamos a estabelecer princípios fundamentais para a organização jurídica da família. A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, II e III), é que o Direito de Família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no

<sup>12</sup> Ainda em Oliveira e Hironaka a primorosa lição acerca dos avanços contidos na Constituição: “Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) a proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religiosos com efeitos civis, c) pela união estável entre homem e mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação de plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.” Idem. p. 4.

Direito de Família. Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a ideia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania.<sup>13</sup>

Uma gama de direitos e deveres veio a lume tendo por escopo a proteção da família e de seus membros como corolário da aplicação dos princípios previstos na própria Constituição. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da afetividade, da solidariedade entre outros, passaram a lastrear o Direito de Família<sup>14</sup>, sob o entendimento de que a partir da promulgação do texto constitucional a família encontrava-se constitucionalizada, a impossibilitar o retrocesso e tentativas de exclusão contidas na legislação ordinária.

Os princípios constitucionais tornaram-se vetores a forjar novos paradigmas para o Direito; o princípio da dignidade da pessoa humana que “[...] é um macro princípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade”<sup>15</sup>, prima pela inserção do indivíduo conferindo-lhe condições que viabilizem seu desenvolvimento enquanto pessoa humana, e que lhe auxiliem em sua autodeterminação a promover o ser humano em respeito e igualdade com seus pares. Previsto em nossa Constituição Federal, no Título I, art. 1º<sup>16</sup>:

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 27.

<sup>14</sup> Com a Constituição de 1988, indica a doutrina, que houve a constitucionalização do Direito Civil: “No limiar da passagem do milênio, o certo é que o Direito Civil brasileiro se constitucionalizou, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século XIX e início do século XX”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.ª ed. 2.ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.104.

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva. p.114.

<sup>16</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 3.º.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

.....

III – a dignidade da pessoa humana;

Ao escrever sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, a Ministra da Suprema Corte brasileira, Cármen Lúcia Antunes Rocha diz que: “Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade inerente à condição do homem em sua aventura universal”<sup>17</sup>. Transpondo a bela lição para a seara do Direito de Família, há que se olhar para a família contemporânea considerando os indivíduos que a integram, seus anseios, sua dignidade, as particularidades de cada arranjo familiar, seu desenho, sua estrutura, a interação e a integração de seus membros, os laços de afeto criados, o amor em sua essência.

Ao lado do princípio maior da dignidade da pessoa humana, caminham o princípio da igualdade acolhido dentro do novo tratamento constitucional deferido aos filhos e à relação homem e mulher, igualitária em direitos e deveres; o princípio da afetividade, a dimensionar as relações familiares para além das convenções sociais e das tradições, mais próxima da realização de seus membros e à concretização dos sentimentos, dos afetos<sup>18</sup>:

Eis aí como o afeto é o laço não apenas interno (entre os familiares), mas também externo (entre as famílias), capaz de – pondo a humanidade em cada família – compor com todas as famílias, enfim a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família. É por este enlaçamento afetivo maior – visando a construir a humanidade pela força maior da solidariedade humana em cuja origem está a solidariedade familiar – que se amarram entre si, inseparavelmente, os direitos humanos e os direitos de família, a principiar do próprio direito fundamental à família, que – a mais e acima de estar lastreado em

<sup>17</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: direito, ética e ciência. in. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. 1.ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p.11.

<sup>18</sup> Para Santos, “[...] a afetividade é o conjunto dos afetos, isto é, das emoções, das paixões e dos sentimentos que compõem a esfera instintivo-afetiva do psiquismo; que é constitutiva dos seres humanos e que é característica essencial de todos os humanos”. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. 1.ª ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 113

todos os direitos fundamentais da humanidade – também tem por lastro o direito maior de todos os direitos humanos: o direito à humanidade<sup>19</sup>.

Dentro do arcabouço principiológico presente na Constituição brasileira e que amparam o Direito de Família, imperioso referir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que não poderá ser preterido nas situações em que, por sua vulnerabilidade, tiverem direitos lesionados ou sob risco de lesão, seja na esfera de atendimento familiar, jurídico ou social, conforme disciplinam a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outros princípios são citados por renomados autores, com alguma ênfase ao princípio da monogamia, princípio do pluralismo das entidades familiares e ao princípio da solidariedade<sup>20</sup> e da fraternidade<sup>21</sup>. O princípio do pluralismo das entidades familiares avaliza a existência das famílias monoparentais, matrimonializadas, anaparentais, homoafetivas, nascidas de união estável, pluriparentais, ectogenéticas, ou seja, corrobora com a diversidade dos arranjos familiares encontrados na sociedade contemporânea; na

<sup>19</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In GROENINGA, Giselle Câmara(Coord.). PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. 1.ed. Rio de Janeiro: Imago. 2001. p.149.

<sup>20</sup> Para Di Lorenzo: “Etimologicamente, solidariedade vem de *solidus*, adjetivo que denota a idéia de algo compacto, internamente integrado, coeso e não fluído nem gasoso, bem como aquilo que é sólido, estável e seguro. Idéia completada pelo substantivo abstrato *in solidus* que exprime o sentido de participação ou totalidade, o todo, na expressão de Cícero. Imediatamente, solidariedade significa uma atitude de interesse no sofrimento alheio. Também um tipo de relação em que a pessoa só se realiza à medida que se empenha na realização do outro”. DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana e seus princípios corolários*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010. p. 6.

<sup>21</sup> Segundo Baggio: “Assim como o homem é por sua natureza livre e igual aos outros, não podemos ser homens fora de uma condição de fraternidade. Isso não garante de modo algum uma vida pacífica, como a história bem nos ensina, mas mede a intensidade da relação humana enquanto tal, a ontologicidade do co-pertencimento universal. Portanto, a fraternidade, como a liberdade e a igualdade, é, a um só tempo, algo dado, porque é realidade antropológica constitutiva do ser humano, e algo a ser sempre conquistado, porque esses homens que são irmãos, livres e iguais, vivem na história e re-criam e re-moldam continuamente as próprias condições de sua existência”. BAGGIO, Antônio Maria. A inteligência fraterna: Democracia e participação na era dos fragmentos. In BAGGIO, Antônio Maria (Org). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições de fraternidade na política*. Tradução: Durval Cordas e Luciano Menezes dos Reis. 1.ª ed. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova. 2009. p. 128.

solidariedade a alteridade, o colocar-se no lugar de no outro, o preocupar-se com aqueles que lhe acompanham na vida em comum, em família.

Incontroverso o fato de que, diante dos princípios constitucionais e das normas de igual natureza imprescindível uma nova leitura do Direito de Família que anteriormente se encontrava sob a égide do Código Civil de 1916, com enunciados normativos que conflitavam em demasia com as disposições constitucionais. Como conciliar o inconciliável? Demandas de natureza familiarista continuariam, continuam e continuarão a ser propostas e a exigir do Estado-Juiz uma resposta.

Anteriores às normas constitucionais foram exaradas pelos Tribunais, em claro exemplo de que para alguns magistrados as relações familiares ainda eram examinadas sob o crivo de relações obrigacionais, sociedades de fato cujo término não era regrado por normas do Direito de Família; num primeiro momento, Dias recorda as constrangedoras indenizações por serviços prestados pela mulher, não considerando seu esforço e seu direito à meação do patrimônio formado pelo casal e, em um segundo, a separação do casal era tratado como uma sociedade de fato que findava suas atividades:

Os primeiros julgados regravam tão só os efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir perversas injustiças. Quando a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, com o nome de **indenização por serviços domésticos prestados**, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados. O fundamento era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveitava do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento. Em um momento posterior passou a justiça a reconhecer a existência de uma **sociedade de fato**: os companheiros eram considerados “sócios”, procedendo-se a divisão de “lucros”, a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da “sociedade” ficasse somente com um dos sócios. Para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia a necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada consorte na constituição do patrimônio<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 238-239.

A previsão constitucional não foi suficiente para resguardar os direitos dos companheiros ou conviventes em união estável, vindo a legislação infraconstitucional dirimir controvérsias, com a Lei n.º 8.971/94 que disciplinou o direito à alimentos e a sucessão e posteriormente com a Lei n.º 9.278/96 que, entre outros, prevê a união estável entre pessoas separadas de fato, atribuí competência às Varas de Família para conhecer e julgar litígios surgidos com a existência da união estável e confere direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

As mudanças foram sentidas e trabalhadas até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que, embora seja um diploma relativamente recente, não conseguiu acompanhar as mudanças ocorridas na família brasileira com a mesma velocidade com que elas foram surgindo. Muito há que se discutir, como se tem discutido em Direito de Família, a exemplo de temas recorrentes, como o referente à filiação que não se vincula mais apenas à consanguinidade, aos laços biológicos, pois tem-se cada dia mais presente a figura dos pais e mães de afeto a desempenharem com desvelo a paternidade ou maternidade responsável e amorosa.

## 2 PARENTESCO E FILIAÇÃO: UMA NOVA LEITURA

Parentesco é definido como o vínculo que une descendentes entre si e a um ascendente comum, podendo ainda ser verificado entre um cônjuge e os parentes do outro, quando é chamado de parentesco por afinidade e, no vínculo estabelecido entre adotante e adotado e deste em relação aos parentes de seus adotantes. Conceituação mais precisa é encontrada em Diniz, para quem

[...] Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5. Direito de família. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 441.



O parentesco, para o legislador, será natural ou civil, resultando então de consanguinidade ou outra origem<sup>24</sup> conforme disciplina o art. 1.593 do Código Civil. Entende-se o parentesco natural ou consanguíneo aquele em que a vinculação se verifica entre indivíduos que descendam de um mesmo ascendente ou de um mesmo tronco comum, sendo o parentesco, respectivamente, em linha reta ao infinito ou em linha colateral limitado ao quarto grau. Diverso é o parentesco por afinidade, que de acordo com art. 1.595 do Código Civil vincula o cônjuge aos parentes consanguíneos e civis do outro e decorre do casamento civil válido ou de união estável, limitando-se aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do outro cônjuge<sup>25</sup>.

O parentesco civil é o que surge com a adoção, vinculando adotante e adotado e este aos parentes do outro. Sobre esta forma de distinção do parentesco Dias faz considerável crítica referente às disposições constitucionais que aboliram distinções de qualquer natureza quanto a origem da filiação:

Historicamente, sempre se reconheceu que os vínculos de **consanguinidade** geram o que se chama de **parentesco natural**, denominando-se **parentesco civil** o decorrente da **adoção**. A diferenciação entre o parentesco consanguíneo e o civil que repercute na classificação dos filhos naturais e civis, funda-se em distinção que não mais se justifica. É tida como discriminatória, principalmente em face da regra constitucional (CF 227 § 6.º): *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*. Ou seja, filhos são filhos, sem qualquer adjetivação<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Para Rodrigo da Cunha Pereira, em comentário ao art. 1.597 Código Civil: “O legislador não previu um tipo de parentesco com base nos avanços biotecnológicos, atinentes à reprodução humana assistida. Mas ao dizer “outra origem” ele abriu o leque para abarcar todas as formas de filiação. Inclui-se aí a paternidade desbiologizada, a que denominamos paternidade socioafetiva”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil das famílias anotado e legislação correlata em Vigor*. 4.ª ed. Curitiba: Juruá. 2012. p. 69.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5. Direito de família. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.442.

<sup>26</sup> Idem., p. 379.

A observação ressoa certos aspectos da filiação<sup>27</sup> que após a Constituição Federal de 1988 integram a pauta de estudos e discussões ante o arcabouço principiológico sob o qual as relações familiares e o Direito de Família passaram a ser entendidos e, frente aos avanços biotecnológicos que envolvem a reprodução humana assistida, a chamar a atenção para três tipos de filiação: a biológica, a registral e a socioafetiva, que ingressam no cotidiano das ações de família com toda a sua complexidade, a questionar a origem genética ou identidade biológica, a anulação de registro de nascimento de filhos não biológicos, a requerer o reconhecimento de paternidade socioafetiva havendo ou não a pré-existência de uma paternidade biológica<sup>28</sup>.

A problematizar-se indagações acerca da filiação, há a oportunidade de um exame sobre como avanços ligados à reprodução humana assistida podem inserir-se nas relações familiares, sabendo-se de antemão que o próprio ordenamento permite que dela se faça uso, como no caso de casais com dificuldades para gerar seus filhos, que através de inseminação artificial homóloga (CC, art. 1597, III) ou de inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1597, V) vencem os obstáculos impostas pela natureza por meio da biotecnologia e realizam seu projeto parental.

Quanto à inseminação homóloga que utiliza material genético dos próprios cônjuges ou conviventes a origem biológica do filho gerado não suscita dúvidas, podendo em alguns casos especiais, se indagar sobre a possibilidade de utilização do material genético congelado após o falecimento do marido, o que restou pacificado em havendo anterior autorização expressa do marido possibilitando a gestação do filho do casal. A inseminação heteróloga, por utilizar-se material de doador anônimo de gametas, exige a prévia autorização do marido, para que seja efetivamente realizada, dela surgindo

<sup>27</sup> Na mesma esteira de idéias Meireles afirma que: "Diversamente da legislação anterior, o parentesco civil não se limita à hipótese de adoção. Assim, para a definição do parentesco civil o legislador passou do conceito técnico de "adoção" para o conceito indeterminado de "outra origem". De fato, a adoção não é, e nunca foi, a única origem não biológica do parentesco e, por assim dizer, da filiação". MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. In DE MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.) e MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.349.

<sup>28</sup> O Supremo Tribunal Federal julgará, em sede de repercussão geral como *leading case*, o RE 841.528/PB, paradigma do tema 622 a respeito da relação paternal/maternal socioafetiva e sua relação com a paternidade biológica.

efeitos de presunção da paternidade<sup>29</sup> não cabendo ação negatória, exceto se o marido desconhecia o fato.

A revolução implementada pela identificação da origem genética através do exame de DNA, trouxe em um primeiro momento nos tribunais, um campo de batalha onde aferir a paternidade ou maternidade aos pretensos pais e mães era o fim último a se buscar dentro das relações filiais. Ocorre que, percebeu-se a distância erigida entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva onde, paternidade e procriação são realidades distintas pontualmente tratadas por João Batista Villela quando escreveu sobre a desbiologização da paternidade e a diferenças entre a responsabilidade civil de quem gera o filho, dos laços que unem aquele que realmente exerce o papel paterno junto a um filho concluindo que:

Qual seria pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica?

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Veja-se a célebre sentença de SALOMÃO. Que fez o sábio magistrado para dirimir o conflito das duas mulheres, que se dizendo, cada uma, ser a mãe, pretendiam a guarda da criança? Não recorreu a qualquer critério de natureza biológica. Nada que, sequer de longe, recordasse os sofisticados exames sorológicos ou as complexas antropogenéticas, que um juiz tem hoje à disposição. Simplesmente pôs a provão amor à criança por parte das querelantes. Sua capacidade de renúncia em favor do filho. O dom de si mesmas. Não buscou o lúcido filho de DAVI assentar a verdade biológica, senão, antes surpreender a capacidade afetiva. Ou seja: fundou-se em nada menos do que naquilo que, em linguagem de hoje se identifica na Alemanha por *Kindeswhol* e na América do Norte por *the best interest to the child*.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> "Tratando-se de inseminação artificial **heteróloga**, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva. É reconhecida a filiação mesmo diante da existência do vínculo biológico. Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade real deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da presunção de paternidade. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 395.

<sup>30</sup> VILLELA, João Batista. *A desbiologização da paternidade*. Disponível em: Diponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28298-28309-1-PB.htm>. Acesso em: 30/10/2015.

Grande parte da doutrina faz suas, as palavras de Villela, acompanhadas pela jurisprudência a prestigiar a filiação socioafetiva. A mudança de paradigmas trazida pela Constituição Federal e pelo afeto, como um valor a ser tutelado, por ser elemento integrante das relações familiares, leva a uma nova leitura da filiação<sup>31</sup>. Se a presença dos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e fraternidade, para citar alguns, se adensam no ordenamento infraconstitucional, não há como se ignorar a premente razão em se diferenciar procriação de paternidade e conseqüentemente se reconhecer a filiação socioafetiva como uma realidade instalada no tecido social.

Um Estado de Direito que se propõe a promover a construção de uma sociedade justa, igualitária, livre e solidária onde as constrangedoras distinções entre as filiações fora abolida por uma nova ordem constitucional, afastar o reconhecimento da filiação socioafetiva é ferir princípios como o da dignidade da pessoa humana e, em uma segunda via, desconsiderar o escopo inclusivo dos direitos fundamentais presentes na Carta Magna, relegando à invisibilidade, à margem do Direito, famílias e relações paterno filiais regradas pelo afeto como ocorre com a dupla maternidade ou a dupla paternidade homoafetiva e com a multiparentalidade.

Sinalizando a atenção a esta forma de filiação, doutrina e jurisprudência têm demonstrado que não estão desatentas e buscam, cada uma a sua maneira, pacificar a celeuma sobre o reconhecimento das filiações socioafetivas, como o fez o relator Ministro Marco Buzzi do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial de n.º 1.128.539 - RN (2009/0048999-7) julgado em 18 de agosto de 2015:

RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - EXAME DE DNA - RESULTADO NEGATIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. REGISTRO DE NASCIMENTO -

<sup>31</sup> Para Dias: "A paternidade não é só um fato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 391.

PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) – AFETO COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES - FILIAÇÃO RECONHECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação.

1. A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame de ofensa a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, "a", da Constituição.

2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil." Assim, o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada – que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis.

2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro.

2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem", de modo a contemplar a socioafetividade.

2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, descon sideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. Ação Anulatória de partilha com filiação contestada pelos irmãos. REsp. n.º 1.128.539 - RN (2009/0048999-7). Recorrente: Zico Matias de Moura. Recorrido: Keylla Simone

Em tela, os filhos biológicos alegavam em desfavor do herdeiro recorrente, o fato deste não ser filho biológico do autor da herança pleiteando, inclusive, a anulação do registro de nascimento deste. Em uma única demanda, discutiu-se a filiação biológica, a registral e a socioafetiva, tendo esta última, prevalecido sobre as demais. Como salientou o Ministro Marco Buzzi há que se considerar os princípios constitucionais e a afetividade que norteiam as relações familiares.

A posse de estado de filho também é elemento sempre presente na averiguação da filiação socioafetiva, por exteriorizar o fato, a relação estabelecida entre pai e filho, a relação afetiva de que comungam<sup>33</sup>.

A emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre pessoas de mesmo sexo no julgamento da ADI 4277 e na ADPF 132<sup>34</sup>, chancelou secundariamente, o reconhecimento da filiação socioafetiva destes casais seja pela adoção, seja pela utilização de técnicas de reprodução assistida (Resoluções nº 1957/2010, nº 2013/2013 e nº 2.121/2015, todas do Conselho Federal de Medicina) a servir de norte a futuras decisões pretorianas impeditivas do reconhecimento ou da instituição (no caso da adoção) da dupla paternidade ou dupla maternidade calcadas em desconhecimento e preconceito, como muito bem discorre Ana Carla Harmatiuk Matos a tratar da adoção por casais homoafetivos:

---

Mesquita da Silva Cabral e outro, Neuza Reinaldo de Moura Oliveira e outros.. Relator; Ministro Marco Buzzi. Brasília, 15 de Agosto de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq\\_uencial=51447915&num\\_registro=200900489997&data=20150826&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=51447915&num_registro=200900489997&data=20150826&tipo=5&formato=PDF). Acesso: 31/10/2015.

<sup>33</sup> Para Meireles: “A posse de estado se caracteriza pela integração de três elementos: nomen, tarcus e reputatio. O *nomen* é a utilização do nome da família de quem se pretende se filho. O *tractus* resulta da situação em que uma pessoa é cuidada, tratada e apresentada como filho. A *reputatio* decorre da consideração da família e da sociedade em relação a uma pessoa como filha de alguém, o pai socioafetivo.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral *in* DE MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.) e MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 349.

<sup>34</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI n. 4.277. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Relator; Ministro Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

Todavia, na base da argumentação dos que se opõe, especificamente à adoção por parceiros homoafetivos está, objetivamente, a consideração de que, em razão da orientação sexual, não haveria supostamente o atendimento aos melhores interesses das crianças. Não se importam, via de regra, com as demais e imprescindíveis características dos que pretendem gerar um filho pelo processo da adoção. Assevera-se que faltaria à criança um referencial masculino e feminino. O que poderia reverberar em prejuízo a seu desenvolvimento. Cogita-se expressa ou veladamente que influenciaria, sobretudo, na tendência sexual da criança fazê-la conviver com pessoas consideradas fora do padrão de sexualidade, pelo simples fato de serem minoria. De observar-se, porém, que estudos na seara da psicologia e psicanálise demonstram que a futura orientação sexual da criança está desvinculada da orientação sexual dos pais, porquanto dependerá de fatores imponderáveis. Ainda mais, tais estudos registraram que as crianças lidam bem com a homossexualidade dos genitores e que essa adoção (colocação em família substituta) é tão benéfica às crianças e adolescentes quanto a que tem feição tradicional<sup>35</sup>.

Outra filiação socioafetiva que tem aos pouco ingressado nos tribunais para ser reconhecida é a aquela existente entre padrastos e madrastas e seus enteados. Esta filiação socioafetiva, ainda encontra oposição, por esbarrar em alguns casos, em uma filiação biológica pré-existente. Nestas situações, não raro encontrar padrastos e madrastas que juntamente com o cônjuge, genitor biológico da criança e adolescente, assumem como seu, o filho do outro, cuidando, educando, assistindo-o material e emocionalmente, atuando como pai. De certa forma, comum, conhecer ou ter notícias de adultos que carinhosamente têm por seus padrastos imensa admiração e respeito por tê-los como pais, uma vez que esta foi a relação por eles vivida.

A doutrina e jurisprudência têm demonstrado que a filiação socioafetiva deverá ser levada em consideração em havendo uma filiação biológica apenas de procriação, ou melhor, nos casos em que, como diz o velho dito popular, evidenciar-se que “pai é aquele que cria” o filho com sua presença e amor; o pai que simplesmente presta alimentos, não participando voluntariamente da vida de seu

---

<sup>35</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. in FERRAZ, Carolina Valença (Coord.), LEITE, George Salomão (Coord.), LEITE, Glauber Salomão (Coord.), LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Manual do direito homoafetivo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 289.

filho, sem lhe dedicar amor, em total desatendimento ao dever de cuidado, não desenvolve a afetividade junto ao filho.

Ao que parece, os questionamentos tornam-se mais frequentes quando o pai biológico e o padrasto são presentes na vida da criança e do adolescente, dedicando-lhe as atenções e cuidados de que se faz carecedor, bem como, desenvolvendo laços afetivos em ambas relações: pai e filho, padrasto e enteado. Cassetari, sobre o ponto afirma que:

[...] essa questão da coexistência de ambas parentalidades é de suma importância, pois, senão, abriremos a porta para as injustiças e para as pessoas se aproveitarem da evolução doutrinária e jurisprudencial, que fez do Brasil um dos países mais avançados nesse assunto, para que ela seja usada de maneira equivocada<sup>36</sup>.

Esta ressalva deverá ser observada, pois o reconhecimento da multiparentalidade estende-se aos efeitos sucessórios, patrimoniais, previdenciários e ao parentesco.

Resguardadas as dificuldades que a hipótese levanta, alguns Tribunais em apreço as disposições e princípios constitucionais e ao artigo 2.º da Lei n.º 11.924/2009, conhecida como Lei Clodovil que, modificou o artigo 57 da Lei n.º 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), permitindo a enteada ou enteado a inclusão do patronímico de família do padrasto ou madraستا ao seu, têm se manifestado quanto a multiparentalidade com sensibilidade, como no caso relatado por Tartuce, em que a magistrada da Comarca de São Francisco de Assis no Estado do Rio Grande do Sul, atentou-se a relação socioafetiva afirmada pelos enteados:

A vara Judicial da Comarca de São Francisco de Assis/RS reconheceu a possibilidade de duas crianças terem seus registros civis alterados, para a inclusão de segunda mãe nas certidões. A madraستا e as crianças ajuizaram ação declaratória de maternidade socioafetiva, entretanto, sem excluir o nome da mãe biológica do registro.

[...]

Em sua decisão, a juíza de Direito Carine Labres, substituta da vara, dispôs que “as relações de afeto têm desafiado os legisladores que, muitas vezes arraigados ao preconceito, ao termo de críticas que

<sup>36</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. 1.ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 168.



maculam a imagem daqueles que almejam a reeleição, silenciam face à realidade que lhes salta aos olhos.

O fato de o ordenamento jurídico não prever a possibilidade da dupla maternidade não pode significar impossibilidade jurídica do pedido. Afinal, não são os fatos que se amoldam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências que advêm dos fatos, objetivando a manter a ordem pública e a paz social”, conclui a juíza<sup>37</sup>.

A decisão deixa entrever a necessidade de os enunciados normativos atenderem, em sua criação, à realidade social, sempre em movimento, sob pena de se tornarem letra morta, norma sem função que obrigará o Judiciário a suprir omissões ou inadequações em sua atuação jurisdicional. O que faz lembrar a lição de Ihering<sup>38</sup>: “[...] O direito existe em função da sociedade; não a sociedade em função do direito.” O reconhecimento da multiparentalidade enfrenta este hiato, a lacuna da lei que não a prevê nem normatiza, muito embora não a impede de ser uma realidade socioafetiva, que tem levado aos Tribunais estes filhos de afeto, que longe de serem apenas enteados, têm em seus padrastos e madrastas, pais e mães escolhidos por amor e não definidos pela biologia.

### CONCLUSÃO

A família, o parentesco e a filiação em um passado recente da história e do Direito pátrio, estiveram relacionados a valores e comportamentos sociais que se cristalizaram dentro de uma sociedade conservadora que tinha como modelo familiar o formado por pais e filhos, sob a presença e direção personificada na figura masculina, o homem, o pai e marido que tudo determinava sem que os outros membros da família pudessem confrontá-lo. A típica família patriarcal foi perdendo espaço sob o impacto de mudanças sociais advindas da industrialização, da guerra e da circulação de imigrantes, que acabou por fomentar a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Da colonização à promulgação da Constituição de 1988, a família brasileira foi se reinventando; Leis que disciplinavam o trabalho

<sup>37</sup> TARTUCE, Flávio. Maternidade Socioafetiva. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2013/08/mais-uma-sentenca-reconhece.html>. Acesso em: 8/02/2015

<sup>38</sup> GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2011 Ano. p. 87.

da mulher, o desquite e posteriormente o a separação judicial e o divórcio, o reconhecimento de filhos ilegítimos tiveram sua importância nas novas formas de família que surgiam, ainda sem a almejada legitimidade. Pesava a constrangedora discriminação entre filhos, tidos como legítimos e ilegítimos; havia as famílias formadas em concubinato puro ou as oriundas de casais separados, mas não divorciados; os pais separados que juntamente com os filhos formavam um núcleo familiar que não recebia a chancela da lei.

A Constituição de Federal de 1988 rompeu com velhos conceitos e preconceitos sedimentados no Direito de Família ao prestigiar princípios que humanizam as relações entre as pessoas e primam pelo respeito, reciprocidade e alteridade. A família recebeu do novo texto amparo que se estendeu à união estável e também às famílias monoparentais e os filhos passaram a ser detentores de iguais direitos, afastadas as distinções de qualquer natureza em razão da filiação.

Houve progresso, mas faltava ajustar o Código Civil à Carta Magna, o que efetivamente ocorreu 2002; para o Direito de Família algumas preocupações se fizeram sentir quanto à proteção das entidades familiares que em sua pluralidade não encontravam eco no novo diploma civil. O trabalho da doutrina e jurisprudência, incessante e pontual, em atendimento ao princípio da pluralidade das entidades familiares abarcou, além da família matrimonial e da família nascida de união estável e a monoparental, as famílias anaparentais, recompostas ou mosaico, pluriparentais, homoafetivas e paralelas, em maior ou menor abrangência, mas não mais negando-lhes completa e real existência.

Com este novo olhar sobre a família, o parentesco e a filiação exigem uma nova leitura a se dimensionar sua extensão: como transitam no mundo jurídico, como se comportam nas famílias contemporâneas. Filiação deixou de ser sinônimo de parentesco natural ou civil e passou a ser debatido com novos parâmetros: afeto, igualdade, dignidade da pessoa humana, solidariedade e amor. A filiação, para a doutrina, poderá ser biológica, registral ou socioafetiva, impondo-se em situações especiais e no exame do caso concreto o reconhecimento da filiação socioafetiva a sobrepor-se à filiação biológica; a supremacia da paternidade indicada pelo exame do DNA é vencida por um direito à filiação desbiologizada.

A filiação homoafetiva e a multiparentalidade são recorrentes, nos Tribunais, na doutrina e nas famílias que aprenderam que o afeto

vai além da biologia. A legislação é omissa, mas o ser humano não pode pagar pelo silêncio do legislador e, este é o móvel que impulsiona a muitos procurarem no Poder Judiciário o reconhecimento de sua maternidade ou de sua paternidade. Os filhos socioafetivos, externam o carinho e a admiração que têm por seus padrastos e madrastas ao pleitearem judicialmente o reconhecimento de sua filiação socioafetiva.

Estas novas possibilidades de família, de filiação, de afetos são reflexo da busca do indivíduo por encontrar o seu lugar, o *locus* onde se sente acolhido, seguro, apto a se desenvolver, aprender, vivenciar sentimentos e emoções com aqueles que lhe querem bem. A família voltada para o resguardo do patrimônio, com casamentos de conveniência, filhos ilegítimos marginalizados, sob a autoridade do pai, foi perdendo terreno e espaço para uma família mais arejada, falível e real, mas nem por isso menos unida, onde há a redistribuição de tarefas, a divisão do poder familiar, onde há a possibilidade do diálogo.

A família constitucionalizada, pode não ser perfeita, mas humaniza-se sobremaneira para enfrentar os desafios da convivência e, neste sentido, a multiparentalidade como expressão de uma filiação socioafetiva, é prova de que afeto, solidariedade, fraternidade, alteridade e amor podem construir laços, famílias. Podem fazer com que a pessoa humana, como ser inacabado, encontre o seu lugar no mundo.

## REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antônio Maria. A inteligência fraterna: Democracia e participação na era dos fragmentos. In BAGGIO, Antônio Maria (Org). **O princípio esquecido:** exigências, recursos e definições de fraternidade na política. Tradução: Durval Cordas e Luciano Menezes dos Reis. 1.ª ed. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise:** rumo a uma nova epistemologia. 1.ed. Rio de Janeiro: Imago. 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. Ação Anulatória de partilha com filiação contestada pelos irmãos. REsp. n.º 1.128.539 - RN (2009/0048999-7). Recorrente : Zico Matias de Moura. Recorrido: Keylla Simone Mesquita da Silva Cabral e outro, Neuza Reinaldo de Moura Oliveira e outros.. Relator; Ministro Marco Buzzi. Brasília, 15 de Agosto de 2015. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51447915&num\\_registro=200900489997&data=20150826&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51447915&num_registro=200900489997&data=20150826&tipo=5&formato=PDF). Acesso: 31/10/2015.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 3.º

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 1.ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1.991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana e seus princípios corolários**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de família. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In* DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3.ª ed. 2.ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8.ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. *In* FERRAZ, Carolina Valença (Coord.), LEITE, George Salomão (Coord.), LEITE, Glauber Salomão (Coord.), LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Manual do direito homoafetivo**. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. *In* DE MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.) e MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. *In* DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3.ª ed. 2.ª tir. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil das famílias anotado e legislação correlata em Vigor**. 4.ª2.ª ed. Curitiba: Juruá. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: direito, ética e ciência. *In* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito á vida digna**. 1.ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. VI. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo. 1987.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em Desordem**. Tradução: André Telles. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. 1.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Maternidade Socioafetiva**. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2013/08/mais-uma-sentenca-reconhece.html>. Acesso em: 8/02/2015

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014.

VILLELA, João Batista. **A desbiologização da paternidade**. Disponível em: Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28298-28309-1-PB.htm>. Acesso em: 30/10/2015.

# CONSTITUIÇÃO NAS MÃOS DO POVO: UMA RELEITURA DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR A PARTIR DE UMA ÉTICA DA ALTERIDADE

Maria Helena Ferreira Fonseca Faller<sup>1</sup>

Regina Maria da Luz Vieira<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

As Constituições latino-americanas nasceram para oferecer uma resposta ao principal drama que assola a região nos dias de hoje: a desigualdade em todos os âmbitos. Atualmente, possuem um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais concebidos como uma resposta à questão social do século XX, ao mesmo tempo, dispõem da organização do poder a partir de uma concepção individual-elitista própria do século XIX. A sala de máquinas da Constituição<sup>3</sup> não está equipada para operar a redução das desigualdades e a implantação dos direitos fundamentais que ela mesma promete (GARGARELLA, 2014, p.01). As mudanças institucionais necessárias, para alterar o *modus operandi* desta sala de máquinas, devem ser apoiadas por condições materiais, por

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na PUC-PR, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, professora de Teoria do Direito e Teoria da Constituição no Centro Universitário do Brasil, pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade sediado na Universidade Federal de Santa Catarina, presidente da Associação Nacional por uma Economia de Comunhão – ANPECOM. E-mail: mariahelena@faller.com.br

<sup>2</sup> Pós-Doutoranda em Administração de Empresas pela FEA-PUC/SP, pesquisadora do Núcleo de Estudos do Futuro (NEF- PUC/SP). Doutora em Comunicação e Semiótica pela PUC/SP, jornalista e professora titular de EAD pela Universidade Paulista (UNIP). E-mail: regiluzvieira@uol.com.br

<sup>3</sup> Roberto Gargarella define como sala de máquinas da Constituição, os dispositivos constitucionais que disciplinam a organização do poder de um Estado. In: GARGARELLA, Roberto. La sala de maquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

sujeitos que sustentem uma nova possibilidade de constitucionalismo igualitário, o que precisa ainda ser consolidado. Caso contrário, teremos mudanças inócuas.

A proposta do constitucionalismo popular latino-americano oferece uma contribuição valiosa para esta problemática, ao recolocar a soberania popular no centro da discussão político-constitucional, afirmando que o principal intérprete da Constituição é o povo. A participação popular, o envolvimento popular com os sentidos da Constituição deve resgatar a relação vital entre política e direito.

A ética da alteridade proposta por Emmanuel Lévinas compreende a ética como fundamento da experiência humana, como um preceito de primado absoluto do outro, de compromisso infinito para com o outro. Concebê-la como o fundamento do exercício da soberania popular, como princípio regulador e instituidor do espaço de debate e construção democrática pode gerar atribuição coletiva de significados realmente emancipatórios e igualitários à Constituição, religando-a com a política, restabelecendo uma nova e vital relação entre constitucionalismo e democracia. Esta última será capaz de garantir as bases materiais para reformas institucionais que, realmente, refletem as necessidades das democracias do povo nos dias de hoje.

Senão, vejamos.

## **1 CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DE QUE CONSTITUIÇÕES SE ESTÃO A TRATAR?**

Um dos modos de iniciar a compreensão dos conteúdos das Constituições latinas e seus contextos e particularidades pode consistir em verificar qual a principal pergunta que estas Constituições vieram responder, quais crises pretendem remediar? Gargarella compreende que o constitucionalismo sempre aparece associado à necessidade de colocar fim a determinado mal, e a Constituição, neste sentido, seria uma contribuição institucional-chave, central, para remover da sociedade a crise que a acomete em determinado momento histórico. Isto não significa dizer que se acredita, ingenuamente, que os textos constitucionais contêm chaves mágicas de resolução de problemas, mas que trazem um leque de importantes possibilidades de se superar estas crises, através de transformações institucionais e culturais. No caso latino-americano, o

grande mal constatado é a desigualdade, que afeta de modo decisivo o desenvolvimento constitucional da região (op. cit., p. 347-348).

A partir desta constatação irrefutável, é necessário compreender a lógica das Constituições, seus pressupostos básicos, normalmente associados com a filosofia pública dominante em determinado espaço-tempo. Como esta Constituição considera e trata os seus indivíduos, quais formas de relação entre estes ela possibilita ou dificulta? Tais pressupostos são de importância central, pois são traduzidos na forma que se constituem as instituições (Idem, p. 04).

Na América Latina existem cosmovisões constitucionais muito distintas, que, logicamente, derivaram modelos constitucionais muito distintos. Não obstante, é possível apreender a existência de uma filosofia igualitária, proposta como base para se reorganizar as instituições, que se expressa em duas questões principais: por um lado, existe uma forte solicitação por um autogoverno coletivo, isto é, pelo igual direito de todos a decidir sobre os destinos da vida coletiva; por outro lado, existe também uma demanda por formas diversas de exercício da autonomia individual, asfixiada pelo perfeccionismo moral que foi imposto pelo centro colonial, ainda naquele período (Ibidem, p. 349).

É evidente que, apesar da multiplicidade dos projetos existentes, a maioria das Constituições latinas, criadas até o século XX, adotou um molde particular: a Constituição dos Estados Unidos (op. cit, p. 04). Assim:

*Y resulta claro, también, que las instituciones elaboradas en los Estados Unidos estaban claramente apoyadas en una filosofía particular, bien sintetizada em los papeles de El Federalista. (ver White 1978, 1987). Dicha filosofía era liberal e elitista, es decir, respetuosa de las decisiones personales individuales, y a la vez extremadamente esceptica frente as las capacidades de la ciudadanía para atuar concertadamente. Como dijera Madison em El Federalista n.55, em las asambleas coletivas 'la pasión nunca deja arrebatarle su centro a la razón' (1810-2010, p.04, op. cit).*

O legado liberal-conservador se fez presente na América-Latina, constituindo-se como a matriz básica do constitucionalismo latino-americano, sintetizado na seguinte fórmula: liberdades políticas restritas e liberdades civis e econômicas amplas. Este modelo tornou-se expressão de uma concepção de democracia muito estreita, que



pensava a cidadania como consentimento indeliberado à autoridade política (Ibidem, p.350).

Este modelo liberal-conservador mostrou, desde o início, graves déficits e tensões com a filosofia pública igualitária que permeou a história latina. O desenho institucional se mostrava incapaz de atender a complexidade social que havia e deixava parte da sociedade fora das instituições existentes. Deste modo, as instituições se moldaram como expressão de uma sociedade simples, dividida em poucos grupos, homogêneos e com interesses estáveis no tempo. Com o transcorrer do tempo, estas instituições apresentaram-se extremamente estreitas e insuficientes para atender as sociedades que se desenvolveram de modos diversos e complexos. Hoje, podem ser vistas como instituições que sufocam sociedades complexas, que geram e intensificam a tensão entre poder político e cidadania (Gargarella, 1810-2010, p.351).

Essas estruturas criadas serviram como freios para o ingresso na vida pública ativa de grandes e importantes porções da sociedade, e também, não asseguraram as garantias que haviam prometido, em termos de autonomia individual. Ainda, tal sistema institucional forneceu proteções extraordinárias para a manutenção das desigualdades econômicas existentes, apoiado em um discurso de defesa de liberdades econômicas. O Estado foi ativo na proteção das desigualdades, consolidando um sistema de distribuição de recursos extremamente injusto. A estrutura constitucional foi colocada a serviço das graves desigualdades (Idem, p.351).

Contudo, no início do século XX, a aliança de “Ordem e Progresso” entrou em crise, uma crise definitiva. As condições sociais mudaram drasticamente na região latina, a questão social ganhou espaço na agenda política (ibidem, p.352). Ocorreu o que Gargarella nomina de *primera oleada* do reformismo constitucional na América Latina, com o objetivo de incorporar nas Constituições, instituições próprias de um modelo constitucional antes desprezado, construído a partir de reflexões sobre projeto *rousseauiano*: direitos sociais, direitos dos trabalhadores, organizações sindicais, proteção às minorias desfavorecidas, etc (2009, p.08).

Gargarella esclarece:

*En tal contexto, la principal respuesta que ofreció el constitucionalismo para dar cuenta de los drásticos cambios sociales que se habían producido, fu ella de anexas a la vieja matriz liberal-conservadora algunos de los reclamos relativos a la "cuestión social". De ese modo, el constitucionalismo intentaba demostrar su preocupación por la conflictiva situación social que caracterizaba a las nuevas sociedades. Las viejas Constituciones fueron reformadas, en un intento de reflejar las nuevas condiciones sociales que habían aparecido en la región (op. cit., p.08).*

O objetivo era realizar uma síntese perfeita das demandas liberais, conservadoras e radicais. A região passava de um pacto liberal-conservador a um novo pacto, um acordo liberal-conservador-radical. A questão central é que se tratou de um modelo importado, enxertado, o qual apoiava as reivindicações dos direitos dos mais vulneráveis sobre um emaranhado institucional liberal-conservador (Gargarella, 1810-2010, p.352). Tal projeto exigia, para sua existência e desenvolvimento, uma diversidade de instituições e práticas de participação política ativa da comunidade, o majoritarismo político, o cultivo das virtudes republicanas, etc. (2009, p.8). Deste modo:

*Ausentes todas estas condiciones, luego, no extraña que nos enfrentemos a lo que parece haber sido, al menos durante largas décadas, el caso de un "transplante" constitucional fallido. El "cuerpo receptor", genéticamente asociado al proyecto liberal-conservador, se encontraba bien preparado para obstaculizar la "importación" de aquellos cuerpos extraños, que pasaban a quedar em manos de jueces y tribunales. Esperablemente, estos últimos no reconocieron el sentido de los derechos nuevos, a los que sistemáticamente pasaron a describir como derechos programáticos o de segunda categoría. (op. cit., p.08).*

Na *segunda oleada* de importantes reformas constitucionais do século XX, foram inseridos mecanismos de participação popular como o plebiscito, o referendo, que poderiam limitar a autoridade dos Parlamentos. Contudo, são os Parlamentos que devem promover a definição do modo de execução destes mecanismos, os quais acabam por ter exercício restrito e pouco utilizado (Ibidem).

Ou seja, a incorporação da questão social, que Gargarella nomina de radicalismo, restou muito problemática, em termos de desenho constitucional: a "sala de máquinas" da Constituição, a organização do poder foi deixada sob o controle da aliança liberal-

conservadora. Já a parte destinada ao rol de direitos ficou sob o controle dos progressistas. O resultado disto foi o crescimento de Constituições com uma forte tensão interna, na qual uma parte da Constituição representava uma ameaça para a outra: a manutenção de uma estrutura de poder impermeável às crescentes demandas sociais provenientes da sociedade civil, ocasionando o surgimento de mais tensões entre cidadania e Constituição (GARGARELLA, 1810-2010, p.353).

Logicamente, é inegável a importância das mudanças sociais ocorridas em função destes enxertos constitucionais, conquistas históricas de direitos. E, certamente, estas transformações ocasionaram profundo impacto sobre o paradigma de “ordem e progresso”. Contudo, essas mudanças foram parciais, no que se refere à Constituição (op. cit.). Assim:

*Las nuevas Constituciones reconocieron estas novedades sobre todo a través de la incorporación de nuevos derechos socioeconómicos. En otras palabras, estos significativos cambios sociopolíticos no se tradujeron en una nueva organización del poder en la Constitución. En última instancia, y luego de intentos muy diversos (que incluyeron experiencias autoritarias, pactos de gobernabilidad, y rupturas más radicales), lo que quedó fue un “nuevo” modelo constitucional, caracterizado por robustas declaraciones de derechos y una organización del poder todavía altamente concentrada. (GARGARELLA, 1810-2010, p. 353)*

Diante desta constatação é necessário repensar as bases institucionais de nossas democracias. As Constituições latinas não registram a necessidade de mudar suas instituições à luz das mudanças ocorridas na filosofia pública, com exceção das Constituições da Bolívia e do Equador. Tratam-se ainda de textos conformados aos núcleos existenciais destas “velhas” instituições, concebidas à luz de uma filosofia pública individualista e elitista, de acordo com Gargarella (2009, p.05).

Apesar do intenso movimento constitucional que se produziu na América Latina, no final do século XX, as novas Constituições não subverteram de modo relevante o modelo constitucional vigente. São Constituições que seguem afirmando sua vocação democrática e inclusiva na seção referida aos direitos e sua vocação hierárquica e verticalista na seção que trata da organização dos poderes. A “sala de máquinas” não foi modificada.

Em pleno século XXI pode-se concluir que, depois de duzentos anos de vida constitucional, o legado liberal-conservador do século XIX resultou modificado de um modo relevante, assim como resultou preservado, também de modo relevante. Vale dizer que o imenso rol de direitos que caracterizam as Constituições do século XX foram a marca de identidade deste modelo de constitucionalismo que se propunha justamente a enfrentar o constitucionalismo de tipo negativo do século XIX, destinado a estabelecer barreiras de proteção entre os indivíduos e destes perante o Estado, conforme nos recorda Garagarella em seu texto *La sala de maquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina* (1810-2010, p. 354).

Tal situação institucional é deficitária e necessita de reformas constitucionais destinadas a resolver os problemas acima descritos. Porém, isto não quer dizer que os problemas existentes na região, que mesclam questões políticas, sociais, econômicas e culturais sejam resolvidos, simplesmente, apelando-se a reformas constitucionais. O que se quer afirmar é bem o oposto, ou seja, que tais problemas não podem ser enfrentados sem recorrer, também, a mudanças de tipo legal, que atinjam a sala de máquinas da Constituição, isto é: a estrutura que organiza o exercício do poder político. Ao mesmo tempo, é importante ressaltar que, para democratizar o exercício da política, faz-se necessário atuar sobre a distribuição de recursos em geral e de modo particular sobre a distribuição dos direitos de propriedade, conforme nos recorda o mesmo autor na obra *La sala de maquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina* (1810-2010, p. 354-360).

Construída esta base teórica, é possível abordar uma das questões centrais desta proposta de pesquisa: além das reformas essenciais para a construção de uma autêntica democracia constitucional latino-americana, fazem-se necessárias a construção de bases materiais e motivacionais que dão possibilidade e sustento para este tipo de constitucionalismo. A reflexão que se impõem, de ordem fundamental para o enfrentamento deste conjunto de problemas, é como sustentar uma reforma igualitária em um contexto desigual, em uma sociedade que não se encontra disposta a apropriar-se da Constituição (op.cit, p.361).

Como já ressaltado, as Constituições atuais não desafiam, senão acomodam as desigualdades existentes, ao mesmo tempo em

que pressupõem a existência de cidadãos autointeressados. O egoísmo parece ser o combustível da Constituição. A partir disto, se coloca a questão: é possível levar a cabo uma reforma igualitária sem realizar, antes, transformações pessoais e materiais que possibilitem a igualdade? Como assegurar e tornar estáveis e desejáveis tais reformas sem sujeitos e condições materiais, culturais que as sustentem? É necessário transcender, neste primeiro momento, o texto constitucional e atuar no contexto do reconhecimento popular da Constituição, bem como do resgate da soberania popular e da conexão da Constituição com quem a constituiu. É necessário devolver a Constituição para as mãos do povo, permitindo-lhe o envolvimento com as questões políticas, sociais, econômicas da comunidade constitucional a qual pertence.

Classicamente, a soberania popular encontra-se confinada na representação parlamentar e em algumas poucas possibilidades de participação popular. O poder concentrado nas mãos dos governantes enxerga no poder popular uma ameaça. Segundo Gargarella (1810-2010, p. 363), historicamente, o que um poder concentrado requer é um coro amplo de adesões e não polos de autoridades de origem popular independentes, com capacidade e condições de desafiá-lo. Neste sentido, não surpreende reconhecer que em toda a América Latina, ao longo de toda sua história, a resposta por parte do poder foi sempre a mesma: a intenção clara de disciplinar os grupos rebeldes, principalmente, através do dinheiro e da coerção.

O grande drama constitucional da América Latina, seu grande desafio, continua sendo a desigualdade. A falta de democratização política e econômica são os maiores combustíveis de sustento da desigualdade. Buscar uma democratização política e econômica da sociedade é imperioso para construção de um constitucionalismo que se pretenda igualitário. O igualitarismo deve reconhecer que uma desigualdade reforça a outra e deve desafiar todo tipo de injustiça que deseja eliminar (GARGARELLA, (1810-2010, p. 363).

Não basta traduzir a questão social em uma linguagem de direitos. O drama da desigualdade não merece ter advogados e juizes como seus atores e protagonistas principais. A justiça que aqui se propõem requer um processo aberto e persistente de diálogo coletivo. Veja-se:

*Este diálogo público, que incorpora a la propia ciudadanía em su centro, y no en los márgenes, necessita incentivarse y respaldarse también constitucionalmente. Se trata de un debate colectivo que es imprescindible para afrontar y resolver problemas públicos que afectan a sectores amplios e diversos. Hoy, en cambio, el diálogo coletivo se encuentra constitucionalmente relegado u obstaculizado, colonizado por el dinero (desigualmente distribuido), y vaciado em buena medida de contenido, dada la marginación social que conlleva la ausencia sistemática, en el foro público, de las voces de los grupos más desaventajados de la sociedade. [...] En todo caso, ese proceso socialmente inclusivo y deliberativo nos remite a uma manera distinta de pensar la democracia.[...] la visión de la democracia que defendemos aqui no ve a la autoridade como fundada em “asentimiento indeliberado” de la comunidade, sino como el resultado de uma siempre inacabada y conflictiva conversación colectiva. (GARGARELLA, 1810-2010, p.366)*

É esta a proposta que se realiza: pensar a democracia constitucional a partir da participação popular ativa. Pensar as bases materiais da Constituição, seu combustível e sustento, a partir do povo, do acesso popular inclusive às instituições tal qual como são colocadas hoje, através de mobilizações, de pressões, de formação de cultura crítica constitucional, de cultura de direitos. Preparar as bases constitucionais para as reformas institucionais, a partir da soberania popular em ato, única capaz de impulsionar ditas reformas de modo vital, abandonando a tradição de transplantes constitucionais inócuos.

A seguir serão verificadas as contribuições do constitucionalismo popular para este debate.

## **2 CONSTITUCIONALISMO POPULAR NA AMÉRICA LATINA: A SOBERANIA POPULAR COMO PRINCIPAL PROTAGONISTA DA DEMOCRACIA**

O Constitucionalismo popular permite repensar a relação entre Constituição e povo a partir de uma nova leitura: propõe um debate acerca do papel que o povo deve ocupar nas decisões e discussões dos temas públicos relacionados com a organização da vida em comunidade. Sua proposta consiste em considerar que o povo deve recuperar o lugar central da vida constitucional de suas comunidades. Trata-se de uma pretensão que busca colocar em questão muitos dos princípios tradicionais mais consolidados no constitucionalismo popular que nos convida a pensar novamente

sobre o papel da cidadania na história constitucional (GARGARELLA in ALTERIO, localização 134).

Ortega resume que o constitucionalismo popular está baseado nas seguintes ideias:

- i) todos devem participar da configuração do direito constitucional através de suas ações políticas;
- ii) papel central ao exercício da cidadania na interpretação constitucional, desmistificando visões dominantes sobre o impacto das decisões dos tribunais, evidenciando a forma como a sociedade influi, reconstrói e mina por completo o valor das decisões judiciais;
- iii) impulso maior à participação popular nas estruturas políticas e econômicas;
- iv) mudança no sistema de controle de constitucionalidade, de modo que nenhum dos poderes políticos constituídos tenha a possibilidade de assumir a supremacia da interpretação constitucional em relação aos demais poderes e ao povo. (In: localização 338)

Alterio, em sua obra *Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular frente a frente* (In: localização 1457) acrescenta a estas ideias uma importante contribuição, ao evidenciar que o constitucionalismo popular opera um resgate da relação entre direito e política. Esse aspecto é esclarecido por Alvarez (*Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latino-americana*. In: localização 2680) que compreende que o direito constitui uma mediação da política, no sentido que constrói uma prática social discursiva específica que expressa e condensa tensões, acordos e conflitos dos grupos sociais que atuam em determinada formação social.

Nesse sentido, uma perspectiva crítica requer a necessidade de pensar o modo em que o jurídico opera nas sociedades contemporâneas e propor alternativas teóricas e práticas. Significa trabalhar a partir de uma perspectiva crítica que assuma o estatuto político do jurídico, o que não implica no desaparecimento ou diluição do fenômeno jurídico. Tensão direito e política são constitutivas.

Um das objeções opostas a esta reflexão é motivada pelo argumento que se trata de uma discussão realizada em contexto norte-americano. Realmente, nasceu neste ambiente, porém, a reflexão que empreende é acerca do descolamento que ocorreu entre direito e povo, propondo que se repense a profunda separação existente entre o direito e as comunidades nas quais se aplica. Este

tipo de dissociação não só existe na América Latina, mas encontra aqui uma ressonância muito particular. Assim:

*Em efecto, hoy como nunca podemos reconocer de qué modo, cuando habla el derecho, una amplíssima mayoría de nuestra población no se ve representada por el mismo, no se reconoce en el mismo. La ciudadanía escucha al derecho y no encuentra su propia voz en esa voz que escucha. Si eventualmente lee al derecho, no lo entiende; y si se le traducen sus contenidos, tiene razones para rechazarlos, para no sentirse identificados con ellos. El derecho non suele ser lo que Rousseau soñaba que fuera, es decir, um “espejo” en donde la sociedad puede mirarse y verse a sí mesma reflejada. Más bien, el derecho suele ser, demasiadas veces, para demasiada gente, lo contrario a ello, generando situaciones de alienación (legal) más que autorrealización colectiva. (ALTERIO, localização 157).*

A desigualdade presente na América Latina tende a traduzir-se também em um direito desigual, concentrado nas mãos de poucas elites, normalmente, pouco envolvidas com as necessidades da coletividade. A pertinência da proposta do constitucionalismo popular em contexto latino é indiscutível: como recuperar o papel decisivo e potencializador da cidadania na criação e gestão do direito (GARGARELLA, in: ALTERIO, localização 174) repensando, criticamente, a inclinação existente a adotar alguns aspectos do constitucionalismo europeu do pós-guerra, especialmente, a supremacia judicial e o desdém pelos movimentos sociais como geradores de novos sentidos constitucionais. Tal proposta constitucional converte o princípio democrático em mecanismo de seleção das elites e despreza os processos de comunicação pública não organizados, conforme recorda Ortega em seu texto “Qué es el Constitucionalismo popular? Uma breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad” (In: localização 201).

É necessário rever a compreensão elitista de que os poderes públicos são os melhores intérpretes da Constituição, e também, a compreensão equivocada de que o povo, necessariamente, é contrário ao entendimento dos poderes constituídos. O ponto central é elaborar uma doutrina constitucional como uma agência coletiva, na qual o protagonista seja o povo. É popular porque distribui amplamente a responsabilidade sobre a Constituição e reforça o papel das pessoas pela sua interpretação (op. cit, in: localização 241).



O monopólio da interpretação judicial sobre a Constituição colocou-se como algo inexorável e inevitável, algo que nos salva (povo) de nós mesmos. O constitucionalismo popular justamente reconhece que o debate popular sobre a Constituição deve ser conduzido com independência das interpretações judiciais. A Constituição obriga a todos os poderes e não determina que algum destes entes possua alguma autoridade especial sobre ela. O poder judicial, neste sentido, é um agente cuja tarefa é ser um líder de opinião, sem impor-se como única e possível visão. Nesse sentido, importante evidenciar que tanto o povo quanto os juízes podem se equivocar, por isso, há necessidade de debate e diálogo entre povo e instituições. É importante desconstruir a ideia de que o direito constitucional é uma tarefa difícil para os cidadãos comuns e ainda, insistir, que os juízes estão a serviço da sociedade (ORTEGA, in: Localização 280).

É importante esclarecer que não existe a intenção de obter um sistema sem restrições institucionais que tornem a política um processo mais racional, como a separação de poderes, bicameralismo, el poder de veto, etc., mas somente de distinguir o que são os controles que possuem uma responsabilidade direta perante o povo e os que não a possuem, como é o caso do controle constitucional via jurisdição (op.cit, 298).

A relação entre direito e política, a partir do constitucionalismo popular é compreendida de forma mais abrangente: trata-se de duas fases distintas de um processo social complexo. A política deve ser apreendida como algo mais complexo do que a mera vontade e decisão e o direito, não é somente pura racionalidade. Ambos se imbricam reciprocamente e se interpenetram. A Constituição é o ponto de confluência destas realidades, uma norma jurídico-política e não só jurídica. Compreender a Constituição apenas como norma jurídica é entregá-la erroneamente para interpretação exclusiva de advogados e juízes (Idem).

Assim:

*Es que para los populares la Constitución va más allá de los confines de lo legal. De esta manera, pretenden terminar con la distinción entre una Constitución em que la rigen los principios y sobre la que el Tribunal manda, y una política no principialista donde rigen las meras preferencias mayoritarias. Al contrario, buscan una política orientada por los principios de la Declaración de la Independencia y por un derecho constitucional que tome em cuenta lo legal y lo político. [...]*

*Para ellos la falta de acuerdo sobre el contenido de los derechos – que es una cuestión política y non son erradicados por el Tribunal Supremo – nos impede considerarlos como la única razón de las constituciones, siendo la política la que em última instancia determina em nível de protección de nuestros derechos (Ibidem).*

As Cortes Constitucionais fazem parte da política e, logicamente, que suas interpretações da Constituição serão influenciadas por esse contexto. Daí a necessidade que a Constituição tenha um significado para o povo, politicamente ativo e atuante na construção do espaço político. Afinal, dessa forma, também produz os conteúdos que influenciarão na construção das decisões dos Tribunais a respeito da interpretação constitucional.

A Constituição continua sendo vinculante, impondo os limites próprios que o constitucionalismo propõe. O que seria inovador é que os poderes políticos realizam sua interpretação em pé de igualdade com a comunidade. Ou seja, a construção político-popular da interpretação constitucional se dá na política e esta se faz presente nos Tribunais (ORTEGA, in: localização 319). Não se trata de pensar necessariamente fora das instituições ou sem elas, mas evitar a falsa alternativa de que é preciso defender as instituições existentes a todo custo porque foi através delas que se conquistaram valores e proteções fundamentais (ALVAREZ, in: localização 2716).

A construção da ideia de participação popular, de soberania em ato, vem acompanhada de um temor por desordem, desagregação, anarquia social, agressividade. O próprio progressismo identifica a participação popular como problemática, relacionando-a com estados mentais e temperamentos defeituosos, descontrolados, irresponsáveis, vulgares, emocionais, arbitrários. Diante desta concepção, coloca-se um direito constitucional com a missão de corrigir os distúrbios da maioria e salvar as minorias (ALTERIO, localização 1144).

Essa atitude de salvar o direito da política, usurpando uma relação vital e constitutiva de ambos, produz um déficit democrático, ao estreitar as possibilidades de atribuir-se novos sentidos, populares e emancipatórios aos conteúdos constitucionais. Os constitucionalistas populares evidenciam que há valores mais importantes do que a clareza e a certeza de que um direito interpretado pelos tribunais e constituído apenas nas salas legislativas supostamente produz (op. cit., ilocalização 1511).

Os princípios constitucionais e as ideias que nascem fora dos tribunais são cruciais para expandir as possibilidades de desenvolvimento constitucional e aliviar as tensões entre o direito constitucional e a cultura em que este opera. Deste modo, o que está no centro do argumento constitucional é a controvérsia política acerca da democracia (Idem, localização 1583)

A ideia de soberania popular não está apenas centralizada na concepção de maiorias decidindo. É necessário recuperar o sentido de que o povo, os destinatários e fundadores da Constituição possuem condições de atribuir-lhe sentidos emancipatórios, democráticos e impensados, a partir da construção de identidades e possibilidades comuns quando lhes é concedido esse espaço de participação responsável. É a dialética da vida comunitária, que deve ser considerada como elemento constituinte da determinação de sentidos constitucionais, ainda mais, considerando a realidade política, econômica e social da América Latina.

O constitucionalismo popular não propõe uma noção homogênea de quem é o povo a que se refere como protagonista da construção constitucional. Alvarez (op. cit., localização 2344) apresenta o conceito trabalhado por Larry Kramer, para o qual o povo pode ser um corpo coletivo capaz de ação e expressão independentes, como também pode ser a existência de multiplicidades de comunidades que coexistem no interior de um espaço. Estas diversas comunidades geram possibilidades e sentidos múltiplos de interpretação das normas constitucionais e das demais normas presentes em determinada sociedade, através de um processo controvérsado, conflituoso e rico de multiplicidades e sentidos. A identificação do povo com o perigo totalitário, do popular com emocional, egoísta, gera desconforto e dificuldades de se identificar o seu potencial construtor de significados igualitários e emancipatórios para a vida democrática.

Esse temor teórico em relação ao popular não é completamente injustificado. Contudo, há fortes elementos que indicam que a consolidação do medo em relação ao espaço popular se constitui justamente pelo medo daqueles que preferem quedar-se às instituições do modo como são concebidas nesse espaço-tempo democrático latino-americano, resumidamente: instituições que reforçam as desigualdades, muito mais do que promovem a igualdade.

A partir disso, entende-se, contudo, que se deve admitir um instrumento regulador dos espaços populares. Um princípio regulador, que torne esses locais, ambientes que realmente promovam diálogos verdadeiros, potencializadores de uma cultura mais igualitária. Isto é o que veremos a seguir.

### **3 ÉTICA DA ALTERIDADE COMO PRINCÍPIO REGULADOR DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR: POSSIBILIDADES DEMOCRÁTICAS EMANCIPATÓRIAS**

Pensar em regulação do espaço público no contexto de um constitucionalismo popular que se pretende emancipatório requer pensar em um princípio regulador que potencialize a construção de conteúdos e práticas populares igualitárias e essencialmente livres, plenas de sentidos de reconhecimento recíproco entre os membros de uma comunidade.

Tal princípio regulador consiste em uma ética da alteridade, na perspectiva colocada por Emmanuel Levinas, a qual demonstra-se muito apropriada para apoiar a construção de democracias constitucionais, a partir de espaços populares de diálogo e debates sob a perspectiva fundamental primeira de encontro com o Outro, como condição de possibilidade da construção de significados realmente coletivos, populares e dialógicos, resultantes do encontro com as “feridas” do corpo social.

É neste reconhecimento do outro, da obtenção do sentido, através do seu elemento externo constitutivo, que a democracia ganha vida e forma conforme Kozicki, na obra *A democracia e a política como devir ético: entre Levinas e Derrida*.

Assim:

Essa inversão humana do em si e do para-si, do “cada um por si”, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessível – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto com outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoa, do eu ao outro, que o “acontecimento” ético, caridade, misericórdia, generosidade, obediência, conduz além ou eleva acima do ser (LÉVINAS, 2010, p.242).

É preciso pensar no exercício da soberania popular como construção de debates realmente dialógicos, constituídos a partir do compromisso com o Outro, do profundo respeito a condição dos sujeitos concretos. Estes espaços dialógicos não seriam compostos apenas pelo povo, pelos cidadãos. A proposta é que os poderes instituídos sejam envolvidos nestes ambientes. A participação popular não se daria apenas no movimento povo-povo ou povo-poderes instituídos, mas também no sentido contrário, poderes instituídos-povo. Se o constitucionalismo é popular, se a soberania é popular, os titulares dos poderes instituídos devem misturar-se com o povo, ao efeito de ocorrer um reconhecimento recíproco e as instituições representem, de fato, a filosofia política da sociedade nas quais estão inseridas.

O encontro com o Outro, o compromisso infinito com o Outro se dá em perspectiva prática. Afinal, nossas condições reais de vida são elementos que condicionam a construção da nossa racionalidade, do nosso modo de ver e compreender o mundo, de intervir. Quem entra em contato com uma realidade de desigualdade dramática, de miséria, o sujeito que a vivencia, traz uma condição de pensar o mundo, completamente, distinta de um sujeito que acessa todos os bens necessários para seu bem-estar, isento de maiores dificuldades. Para haver compromisso democrático-constitucional com o Outro, que nos nossos contextos latinos está imerso na desigualdade, é necessário realizar o encontro concreto com este sujeito, sob pena de perpetuar o esquema de proclamação utópico de direitos perfeitos, que permanecem, como preconiza Gargarella, como cláusulas adormecidas.

Neste mesmo sentido, compreende Restrepo (2011, p.39) que, unicamente, quando ocorre a colisão absoluta entre dois mundos, cada um exposto em sua integridade, pode haver diálogo. Somente assim se pode perceber a materialidade do político como um cruzamento indiscriminado de linhas conflituais originadas destes dois mundos. Para que apareça um sujeito político autêntico, o biótipo de consenso e racionalidade deve ser banido.

Explica Restrepo:

Solo en encuentro traumático entre el mundo del ciudadano con derechos, supuestamente libre y racional con el desterrado y marginal podemos someter a valoración la validez del consenso que creó estas criaturas emancipadas y racionales, con su contracara excluída. Aquí la

igualdad deja de ser presupuesto y se convierte en el limite mismo del discurso. No se trata entonces de um juego del lenguaje, sino de su apertura y reapropiación por el sujeto externo e irracional; se trata de picar esa genética abismal y monstruosa y eliminar el limite que postra el discurso externo. (op.cit.).

Para Kozicki(idem), ação/decisão política necessita novamente ser pensada em termos éticos, o que impõe repensar a relação entre ética e política, agora já não mais no campo universalista da ética moderna, mas a partir de uma ética de alteridade, na qual o outro aparece como categoria central. O problema do outro está no cerne das preocupações filosóficas atuais.

A ética, tal como Lévinas a concebe, coloca em questão minha liberdade e espontaneidade, minha subjetividade, e o outro. A justiça define e é definida por esta relação ética com o outro, em resposta ao sofrimento do outro, para com o qual o sujeito tem uma infinita responsabilidade. A passagem da ética para política é caracterizada pela chegada à relação entre eu e o outro, de um terceiro. A partir daí ocorre a relação com todos os outros, que fundam a pólis. A política, para Levinas é um compromisso ético para com todos os outros (Idem).

Neste sentido, Levinas (2010,p. 242) explica:

O que dizer então de humanidade na sua multiplicidade? O que dizer, ao lado do outro, do terceiro, e com ele, de todos os outros? Esta responsabilidade para com o outro que se defronta comigo, esta resposta ao rosto do próximo poderá ignorar o terceiro que é também meu outro?

Somente a partir de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro será possível administrar a contingência e a diferenciação típicas deste início de século, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral conforme nos recorda Kozicki em seu texto “A democracia e a política como devir ético: entre Lévinas e Derridá”.

A partir de Kozicki, é possível pensar que a democracia, nesse sentido, seria a forma política mais apta a significar esta perspectiva de justiça. No reconhecimento dos infinitos jogos de

linguagem possíveis dentro de uma comunidade e no reconhecimento de que é necessário ouvir a “voz do outro” reside um dos valores fundamentais da democracia segundo a obra “A democracia e a política como devir ético: entre Lévinas e Derridá”. Por sua vez, Lévinas (2010, p. 262) elucida:

O que chamo de responsabilidade por outrem, ou amor sem concupiscência, o eu só pode encontrar sua exigência em si próprio. Ela esta no seu “eis-me-aqui” do eu, em sua unicidade não intercambiável de eleito. Ela é originalmente sem reciprocidade, pois traria o risco de comprometer sua gratuidade ou graça [...]. Mas a ordem de justiça dos indivíduos responsáveis uns pelos outros surge não para restabelecer esta reciprocidade entre o eu e seu outro, mas por causa do terceiro que, ao lado deste que me é um outro, me é também outro.

Reler a soberania popular a partir da ética da alteridade de Lévinas significa conceber a reunião e o debate popular a partir de um compromisso com os direitos dos outros. A partir do instante que a defesa do autointeresse cede espaço à possibilidade de entrar nas necessidades dos outros, na compreensão do que impele o outro a viver e a lutar. Tal exercício como elemento regulador da reunião, da articulação, concebe as condições de possibilidade de construção de uma reivindicação autenticamente ética e coletiva, pois é resultado do exercício de deslocamento de seus interesses individuais, rumo aos interesses coletivos.

Neste exercício coletivo recíproco ocorre o respeito a dignidade de todos e de cada um. Neste sentido, aqueles que devem ceder suas posições e reivindicações encontram condições de fazê-lo, pois foram-lhes garantidas a dignidade de expressão e respeito por sua realidade pessoal. Afinal, ao realizar o debate, alguém entrou na sua necessidade e assumiu a responsabilidade por ela. Perdê-la em função de uma decisão coletiva não significa opressão ou supressão de direitos; nem sequer supressão da diferença ou do conflito.

## CONCLUSÃO

A partir do percurso teórico realizado neste trabalho, pode-se concluir, considerando que o constitucionalismo latino-americano deve oferecer uma resposta ao drama da desigualdade em todos os

âmbitos. Deve oferecer uma interpretação emancipatória-igualitária da Constituição, construída a partir de uma ampla e aprofundada participação popular na construção da política cotidiana, de uma nova compreensão da soberania popular, regulada pela ética da alteridade, no contexto do constitucionalismo latino-americano, que criaria condições materiais de sustento e possibilidade para a ocorrência gradual de reformas institucionais comprometidas com as reais necessidades da comunidade política. E isto, a partir de uma nova relação entre direito constitucional e política, entre democracia e constitucionalismo, devolvendo, por consequência, a Constituição para as mãos do povo.

## REFERÊNCIAS

ALTERIO, Ana Micaela. **Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular frente a frente**. In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. (Orgs.) **Constitucionalismo popular em Latinoamérica**. Spanish Edition. México: Biblioteca Jurídica Porrúa, Escuela Libre del Derecho, 2013, Kindle Edition.

ALVAREZ, Luciana. **Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latino-americana**. In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. (Orgs.) **Constitucionalismo popular em Latinoamérica**. Spanish Edition. México: Biblioteca Jurídica Porrúa, Escuela Libre del Derecho, 2013, Kindle Edition.

FOGAÇA, Elton. **A ética da alteridade como fundamento do humanismo latino**. In: I Simpósio Estadual Lutas Sociais na América Latina, 2005, Londrina. **I Simpósio Estadual Lutas Sociais na América Latina - Uma outra América Latina é possível?**. Londrina: Editora Universidade, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latino-americano. Promesas e interrogantes** In: CEPAL - Serie Políticas Sociales, n. 153. Nações Unidas: Santiago del Chile, 2009.

\_\_\_\_\_. **Por qué estudiar constitucionalismo popular in América Latina**. In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. (Orgs.) **Constitucionalismo popular em Latinoamérica**. Spanish Edition. México: Biblioteca Jurídica Porrúa, Escuela Libre del Derecho, 2013, Kindle Edition.

\_\_\_\_\_. **La sala de maquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KOZICKI, Katya. **A democracia e a política como devir ético: entre Lévinas e Derrida**. In: Manfredo Oliveira; Odilio Alves Aguiar; Luiz Felipe Netto de A. e Silva



Sahd. (Org.). **Filosofia Política Contemporânea**. 1ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Humanismo de outro homem**. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **De Deus que vem à idéia**. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

ORTEGA, Roberto Niembro. **Qué es el Constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad**. In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. (Orgs.) **Constitucionalismo popular em Latinoamérica**. Spanish Edition. México: Biblioteca Jurídica Porrúa, Escuela Libre del Derecho, 2013, Kindle Edition.

RESTREPO, Ricardo Sanin. **Teoria Critica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciências Jurídicas, Grupo Editorial Ibanez, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria Critica Constitucional II: del existencialismo popular a la verdad da democracia**. 1 ed. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el periodo de Transicion, 2011.

# A VEDAÇÃO AO TRABALHO ESCRAVO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Mari Aparecida de Souza Simões Froio<sup>1</sup>

Thiago Simões Froio<sup>2</sup>

## 1 TRABALHO ESCRAVO E A VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

Sendo o estudo do trabalho escravo intimamente ligado aos direitos fundamentais, é válido que se inicie a exposição a que se dedica este trabalho por uma breve análise da evolução internacional dos direitos humanos.

A começar, apresenta-se, então a conceituação de Direitos Humanos: são os direitos e garantias fundamentais, indivisíveis, interdependentes e aplicáveis de maneira igualitária e universal a todos os seres humanos. Segundo o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos,

---

<sup>1</sup> Advogada, é Mestranda da Escola Paulista de Direito, PósGraduada pela Pontifca Universidade Católica de São Paulo e pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito do Trabalho e em Didática do Ensino Superior. Foi aluna de curso de mestrado em Università de Siena em Democracia e Desenvolvimento. Atualmente dedica-se a pesquisas voltadas à busca da prevenção e do combate a conflitos internacionais por meio do uso de ferramentas alternativas de solução de controvérsias. Sua experiência de trabalho no Brasil concentra-se na área de proteção ao trabalhador e defesa de garantias constitucionais.

<sup>2</sup> Graduado pela Universidade de São Paulo e pela Universidade de Harvard (VUS Program), possui experiência de pesquisa na área de direitos humanos e Direito Internacional. Tendo trabalhado como Adviser na Missão do Brasil junto à ONU em Nova York, fez parte da delegação brasileira nos debates de 2015 do Sexto Comitê da ONU, dedicado a assuntos jurídicos. É membro de grupo de pesquisas de direito das obrigações e de métodos de solução alternativa de conflitos. Desenvolveu sua tese de láurea com foco em contratos internacionais e, atualmente, realiza pesquisas acerca da proteção de direitos fundamentais no contexto internacional.

Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, idioma ou qualquer outro 'status'. Todos possuímos igualmente esses direitos, sem que haja discriminação. Direitos Humanos são interrelacionados, interdependentes e indivisíveis<sup>3</sup>

Em 1979, buscando dividir didaticamente as gerações de direitos humanos, o jurista Karel Vasak propôs uma analogia com o lema da Revolução Francesa - "*Liberté, Egalité, Fraternité*" (Liberdade, Igualdade, Fraternidade) – caracterizando cada uma das palavras com uma etapa específica de desenvolvimento dos direitos humanos.

A primeira geração de direitos – *Liberté* – surgiu como resposta ao regime absolutista e ao abuso de poder. São as liberdades pessoais, consideradas como direitos negativos, impondo um não-fazer do Estado e de particulares. São exemplos dessas liberdades o direito à vida, o direito à liberdade e a liberdade de religião. No Brasil, tais direitos encontram-se estipulados em sua maioria no art. 5º da Constituição Federal. Podem ser citados, por exemplo, caput do artigo (acerca do direito à vida e à liberdade)<sup>4</sup> e o inc. VI do mesmo dispositivo (tratando da liberdade religiosa)<sup>5</sup>.

Tais direitos, no entanto, não foram suficientes para garantir as mínimas condições de vida com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Em 1815, com a derrota de Napoleão, houve uma retomada da ordem monárquica e religiosa e, assim, os abusos de poder se perpetuaram. Além disso, as Revoluções de 1832 e 1848 na França trouxeram reivindicações importantes de cunho econômico e social. Uma grande parcela da população ainda era excluída do poder e cada vez mais demonstrava-se ser necessária a busca por direitos positivos, exigindo um fazer do Estado, de modo a garantir vida digna à população. Esse sentimento atingiu enormes proporções com a

<sup>3</sup> Conceito disponível no endereço eletrônico do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Office of the High Commissioner for Human Rights): <http://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>.

<sup>4</sup> Art. 5º da Constituição Federal: 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(...)

<sup>5</sup> Art. 5º da Constituição Federal, inc. VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Revolução Industrial na Inglaterra. Trabalhadores eram explorados, sendo utilizado o serviço de crianças em condições insalubres e desumanas.

Nesse contexto, Marx e Engels propõem uma alternativa ao regime vigente, indicando ser o capitalismo o grande responsável pela situação precária da população pobre. Assim, desenvolvem a ideia de socialismo, exigindo a organização da produção e distribuição, com o intuito de satisfazer as necessidades da população. Foi um movimento de ataque à propriedade privada, favorecendo os ideais de igualdade e de direitos sociais, com críticas severas às formas de exploração do ser humano no ambiente de trabalho.

Em resposta aos estudos de Marx e Engels, prevendo os problemas da aceitação da doutrina socialista para a disseminação da religião, a Igreja Católica, por meio do Papa Leão XIII, divulga a Carta Encíclica *Rerum Novarum*<sup>6</sup>, estabelecendo o dever do Estado de intervir na situação alarmante da população pobre, com a garantia de direitos fundamentais à classe operária, mas sem o abandono do regime Capitalista.

É nesse panorama que são estabelecidos os direitos de segunda geração – *Egalité* – por meio da defesa da igualdade e da aceitação de direitos sociais.

As primeiras constituições a garantirem direitos sociais, ainda que com pouca efetividade concreta, foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, tais direitos ganharam maior expressão com o governo de Getúlio Vargas e a defesa de direitos trabalhistas. Com a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919 e da Organização das Nações Unidas em 1945, a proteção internacional dos direitos de segunda geração ganhou força.

Atualmente, tais direitos são garantidos pela Constituição Federal, e exigem uma prestação positiva do Estado e de particulares, para garantir igualdade social. É o que se verifica, por exemplo, com a análise dos arts. 6º (acerca dos direitos sociais)<sup>7</sup> e

<sup>6</sup> Carta Encíclica *Rerum Novarum* disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html).

<sup>7</sup> Art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

7º (sobre direitos trabalhistas)<sup>8</sup> da Constituição Federal. É aqui que se inserem os direitos de proteção contra a exploração do ser humano no ambiente de trabalho, inclusive estando presente a proteção contra o trabalho escravo, sendo esse o tema central para o presente texto.

Por fim, é possível também ser apontada uma terceira geração de direitos – *Fraternité* – ligada aos direitos de fraternidade, que compreendem os seres humanos como indivíduos formadores de uma sociedade cooperativa e que merecem proteção não apenas pelo Estado, mas também por normas internacionais.

Essa visão ganhou força especialmente no período pós-guerra, em que ficou clara a inabilidade do Estado tradicionalmente concebido de proteger seus cidadãos contra abusos de direitos humanos. Esse foi o caso, por exemplo, da Alemanha no período do nazismo, em que abusos desumanos foram cometidos contra os próprios nacionais do Estado Alemão.

São exemplos de ideais de terceira geração os direitos ao autogoverno, ao desenvolvimento, à paz e ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Tais direitos estão amplamente dispostos em Convenções e Tratados Internacionais, mas alguns deles podem também ser encontrados na Constituição Federal, como é o caso do direito ao meio-ambiente equilibrado, disposto no art. 225<sup>9</sup>.

---

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>8</sup> Art. 7º da Constituição Federal: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)

<sup>9</sup> Art. 225 da Constituição Federal: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>10</sup> de 1948, apesar de ser um texto com característica de *soft law*, traz a ideia de direitos humanos fundamentais, inclusive dos direitos de terceira geração, como um patamar básico de garantias que deveriam estar disponíveis a todos os indivíduos do globo. No que se refere ao trabalho escravo, há uma nítida determinação na Declaração, em seu art. 4º: “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”. Esse documento internacional foi um importante marco para o desenvolvimento dos direitos humanos, que atualmente possuem proteção doméstica positivada e internacional, por meio de Convenções e Tratados.

Após essa breve contextualização da problemática do trabalho escravo nos direitos humanos, passa-se, agora, ao estudo mais aprofundado do tema, com a exposição de sua importância atual.

Considerado ofensa aos direitos humanos de segunda geração, o trabalho escravo pode ser compreendido como aquele exercido sem respeito aos princípios da dignidade humana, colocando em risco a saúde e a vida do trabalhador, em razão de estarem presentes características como jornada exaustiva, condições insalubres e trabalho forçado (sendo esse último considerado como a coerção de indivíduo com a finalidade de realização de determinado trabalho, com imposição de penalidade caso o serviço não seja realizado<sup>11</sup>).

Estando o trabalho escravo tecnicamente abolido desde 1888, é comum que se verifique, em doutrina e jurisprudência, a maior utilização do termo “trabalho em condições análogas à de escravo”, para caracterizar as relações abusivas de exploração do trabalhador.

---

<sup>10</sup> Texto da Declaração Universal de Direitos Humanos disponível em: [http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf)  
Definição de trabalho forçado desenvolvida pela Organização Internacional do Trabalho, como se verifica no endereço eletrônico da OIT: [http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/oit/faq/p1.php](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/faq/p1.php).

## 2 VEDAÇÃO AO TRABALHO ESCRAVO

### 2.1 REGIME BRASILEIRO

O Brasil possui, em sua legislação vigente, mecanismos de combate ao trabalho escravo e de punição penal dos responsáveis por submeterem trabalhadores a essa situação.

Tendo em vista os preceitos presentes na Constituição Federal, acerca dos princípios: (i) da dignidade humana (art. 1º, inc. III); dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II); e da liberdade profissional (art. 5º, inc. XIII); pode-se dizer que a vedação ao trabalho escravo ocorre em âmbito constitucional. Ademais, o art. 243 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 81 de Junho de 2014, postula que

as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a **exploração de trabalho escravo** na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (grifo nosso).

A alteração deixa claro que o regime brasileiro não suporta tal tipo de trabalho, inclusive prevendo expropriação de terras, sem indenização, caso seja observada a ocorrência de trabalho escravo.

Além disso, um exemplo claro de proteção doméstica contra o trabalho escravo está disposto no Código Penal, em seu art. 149, que determina:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

As punições a empregadores de trabalhadores em situação análoga ao de escravo não se restringem, contudo a essas determinações. É possível, ainda, inserir empregadores em uma “lista suja”, impedindo-os de obter financiamentos junto a instituições financeiras e dificultando a comercialização de produtos:

TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO. PORTARIA 540 DO MTE. INCLUSÃO NO CADASTRO DE EMPREGADORES CHAMADO 'LISTA SUJA'. O trabalho degradante é uma forma de trabalho escravo. É considerado uma forma contemporânea de escravidão. É tão grave quanto o trabalho escravo e a empresa deve ser punida exemplarmente, como vem ocorrendo, de fato. A inclusão no cadastro, a meu ver, é justa.<sup>12</sup>

Na busca pela erradicação do trabalho escravo, o Brasil não só posicionou tal questão em nível máximo, na Constituição Federal, mas também achou por bem prever respostas penal e administrativa, em caso de prática de trabalho escravo.

## 2.2 ÂMBITO INTERNACIONAL

Consoante apontado no capítulo anterior, a proteção contra o trabalho escravo surgiu como defesa dos direitos humanos de segunda geração, sendo que as principais disposições afetas à matéria, no âmbito internacional, surgem no século XX, com a Convenção sobre a Escravatura de 1926.

### 2.2.1 A Convenção sobre a Escravatura de 1926

A referida Convenção foi obra da Comissão Temporária da Escravatura, estabelecida pela Liga das Nações em 1924, e tinha por objetivo eliminar a escravidão, o comércio de escravos e o trabalho forçado em seus territórios.

De acordo com o texto da referida Convenção, assinada em 25 de setembro de 1926, a prática da escravidão era definida como “estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem total ou

---

<sup>12</sup> TRT-18 1022200814118008 GO 01022-2008-141-18-00-8, Relator: KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE. Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 129, de 21.7.2009



parcialmente os atributos do direito de propriedade”<sup>13</sup>, sendo que o trabalho forçado era compreendido como uma “condição análoga à escravidão” que precisava ser regulado e impedido.

A Convenção contra a Escravatura de 1926 inovou ao exigir que os signatários interceptassem o tráfico de escravos em seu território marítimo, propondo o auxílio a outros Estados com medidas contra a escravidão e a criação de leis nacionais que reforçassem as disposições da Convenção e que criassem mecanismos para seu cumprimento.

Contudo, não obstante contivesse tais disposições inovadoras, a Convenção de 1926, em seu art. 2º, permitia um enfraquecimento de seus objetivos ao dispor que a promoção da abolição completa da escravidão deveria ocorrer “progressivamente e *assim que possível*”. Tal disposição vacilava em relação aos objetivos da Convenção de 1926 e refletia as hesitações da Comissão Temporária da Escravatura, que justificava que “para realizar com êxito a abolição efetiva da escravidão, era indispensável não perder de vista a necessidade de manter a ordem e de assegurar o bem-estar das populações interessadas”. Nesse sentido, também o art. 9º enfraquecia as disposições da Convenção, permitindo que cada signatário liberasse alguns de seus territórios da convenção em sua totalidade ou em partes, disposição invocada pela Grã-Bretanha no caso de Burma e da Índia Britânica.<sup>14</sup>

## 2.2.2 Convenção n° 29 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1930)

Trata-se de Convenção resultante da convocação de Conferência Geral em Genebra pelo Conselho de Administração do Secretariado da OIT, realizada em 10 de junho de 1930.

A Convenção tinha por objetivo regular as práticas análogas ao trabalho escravo, isto é, o trabalho forçado, considerado um problema predominante na região das colônias e dos países pobres, em especial daqueles localizados na África.

<sup>13</sup> <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organização-Internacional-do-Trabalho/convencao-suplementar-sobre-abolicao-da-escravatura-do-trafico-de-escravos-e-das-instituicoes-e-praticas-analogas-a-escravatura-1956.html>

<sup>14</sup> <http://www.wdl.org/pt/item/11573/>

Se, no caso do trabalho escravo, as pessoas eram, muitas vezes, tratadas como propriedade de particulares; no caso do trabalho forçado, as pessoas eram frequentemente utilizadas pelos próprios governos, como mão-de-obra não espontânea<sup>15</sup>.

De acordo com o art. 2º da referida Convenção, trabalho forçado ou obrigatório compreenderia “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”.

Dessa forma, seriam necessários dois elementos para se caracterizar o trabalho forçado ou obrigatório: (i) a imposição de trabalho mediante ameaça ou punição; e (ii) o caráter não espontâneo desse trabalho.

Uma primeira crítica a ser formulada quanto a esse conceito de trabalho forçado é a de que a mera expressão da vontade descaracterizaria o trabalho forçado ou obrigatório, de modo que, ainda que existissem abusos e não fossem garantidas as mínimas condições de dignidade no trabalho, não incidiria a proteção ao trabalhador que tenha se apresentado voluntariamente para prestar o serviço.

Além disso, é preciso ressaltar que, embora a convenção proibisse em regra o trabalho forçado ou obrigatório, a sua própria redação estipulava algumas exceções, tais como o serviço militar obrigatório; os serviços decorrentes de obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; serviços exigidos em decorrência de condenação judiciária; serviços exigidos em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade; etc.

Portanto, embora a Convenção n° 29 tenha significado uma inovação na regulamentação internacional de proteção ao trabalho,

---

<sup>15</sup> A OIT, conforme relatório elaborado pela OIT (Report of the Ad Hoc Committee on Forced Labour, emitido em 1953), existiriam três formas principais de trabalho forçado: (a) trabalho forçado com finalidade pública geral, isto é, o governo recrutava pessoas para a realização de trabalhos voltados para o desenvolvimento do Estado, tais como a construção de rodovias, pontes ou outras instalações do país, bem como para o sistema compulsório de cultivo, sem garantir as mínimas condições de dignidade no trabalho; (b) trabalho forçado com finalidade pública local, que compreenderia variadas formas de prestação de serviços à comunidade local, tais como a limpeza de prédios públicos e a conservação de escolas; e (c) trabalho forçado para empresas privadas, modalidade de trabalho forçado em que, em geral, o governo admitia que particulares utilizassem o trabalho forçado.

suas disposições ainda não se revelavam suficientes para erradicar o trabalho forçado ou obrigatório.

Por fim, note-se que a Convenção n° 29 foi ratificada por 177 países, sendo que não a ratificaram o Afeganistão, Brunei Darussalã, China, Coréia do Sul, Estados Unidos, Ilhas Marshall, Palau, Tuvalu<sup>16</sup>. Dentre os países citados, chama a atenção a não ratificação pelos Estados Unidos, sob a justificativa de que haveria conflito direto da Convenção n° 29 com a lei e a prática jurisprudencial americana<sup>17</sup>. O Afeganistão, por sua vez, não prestou qualquer informação sobre os motivos pelos quais se recusou a ratificar a referida Convenção.

### 2.2.3 Pós Segunda Guerra Mundial: Reforço da Proteção aos Direitos Humanos

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, reforçou-se a ideia de que uma proteção ineficiente aos direitos humanos seria um dos fatores deflagrações de conflitos internacionais.

Note-se que não se afirma que a ideia surgiu somente após a Segunda Guerra Mundial, pois a ideia não era nova e existia desde o fim da Primeira Guerra Mundial. Nesse sentido, é preciso ressaltar que a OIT, por exemplo, foi criada pelo Tratado de Versalhes, e já possuía como sustentáculos a noção de que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social e nos direitos humanos.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Disponível em  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310\\_INSTRUMENT\\_ID:312174:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312174:NO)>

<sup>17</sup> Sobre a ratificação pelos Estados Unidos, "Convention 29 cannot be ratified without amending U.S. law and practice [...] [The Tripartite Advisory Panel on International Labor Standards -TAPILS] concluded that the trend of states to subcontract the operation of prison facilities to the private sector in the United States conflicted with the requirements of Convention 29 relating to circumstances under which the private sector may profit from prison labor." As a consequence, review of C.29 was suspended and has never been resumed. (Disponível em  
<[http://www.uscib.org/docs/US\\_Ratification\\_of\\_ILO\\_Core\\_Conventions.pdf](http://www.uscib.org/docs/US_Ratification_of_ILO_Core_Conventions.pdf)>).

<sup>18</sup> "(...) a) a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; b) que é preciso urgência na melhoria das condições do trabalho, pois a miséria e as privações levam a um descontentamento tal que colocam em risco a paz e a harmonia universais e c) que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios". (SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. *Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*

Assim, o que se pretende afirmar no presente capítulo é que, com a incapacidade da Liga das Nações de evitar a Segunda Guerra Mundial, tornou-se patente que as medidas tomadas pela comunidade internacional para proteção de direitos eram insuficientes para evitar novos conflitos.

Dessa forma, com o surgimento da Organização das Nações Unidas, foi reforçada ainda mais a importância da proteção eficiente dos direitos humanos em âmbito internacional para evitar a conflagração de conflitos.<sup>19</sup>

Nesse contexto, em 1944, foi realizada a 26ª Conferência da OIT, na cidade de Filadélfia, nos Estados Unidos, que culminou na aprovação da Declaração de Filadélfia.

#### 2.2.4 A Declaração de Filadélfia (1944)

A referida Declaração ampliou o âmbito de atuação da OIT, que não se restringiria mais ao trabalho, mas também a temas de prática social, desenvolvimento econômico, emprego e direitos humanos.

Além disso, impôs à OIT a obrigação de promover a cooperação entre os países do mundo para a concretização dos seus objetivos e de colaborar tecnicamente com outros organismos internacionais para elaboração e execução de políticas públicas de forma progressiva, de modo a respeitar as diferenças culturais e de governo, bem como os desníveis de desenvolvimento econômico de cada país.

---

*e Trabalho Forçado: o Brasil e a Organização Mundial do Trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 63).

<sup>19</sup> Conforme leciona Alberto do Amaral Junior e Liliانا Lyra Jubilut: “Por fim, a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, constata-se a tentativa de estabelecer um ‘Estado de Direito’ (rule of law), no cenário internacional a partir de dois pilares centrais: (i) a manutenção da paz e segurança internacionais e (ii) o respeito aos direitos humanos. (...) Assim, é a partir do respeito ao binômio paz/segurança internacional-direitos humanos que a adequação das condutas internacionais deve ser analisada, do que decorrer que o respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos é premente no cenário internacional atual”. (AMARAL JÚNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliانا Lyra. *O direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 35).

Dessa forma, a OIT passou a se preocupar não somente com temas ligados diretamente ao trabalho, mas a outros fatores que possam influenciá-lo, tais como repercussões de políticas financeiras e econômicas, as desigualdades sociais e a pobreza, assim como a garantia de outros direitos humanos, tais como a liberdade de expressão e de associação.

### 2.2.5 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Após a Declaração de Filadélfia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948. Considerada em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, integra a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Note-se que a referida Declaração procurou determinar a proteção mínima, universal de direitos considerados básicos, essenciais para todos. Elevou, assim, dentre outras disposições, a proteção contra o trabalho escravo, dispondo que “ninguém será mantido em *escravidão ou servidão*”. No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que, em seu art. 8º prescreve o combate à escravidão e ao tráfico de escravos “em todas as suas formas”.

### 2.2.6 A Convenção da OIT n° 105/1957

No âmbito da legislação internacional pós Declaração da Filadélfia, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é preciso destacar a Convenção n° 105 da OIT, a Convenção contra o trabalho forçado, aprovada na 40ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em 1957.

A Convenção n° 105, diferentemente da Convenção da OIT n° 29, expandiu a proteção contra o trabalho forçado, considerando tanto o trabalho forçado institucionalizado, isto é, promovido por governos, como o trabalho forçado promovido por particulares.

Dentre suas disposições, é importante ressaltar que a Convenção n° 105 determina em seu artigo 1º a abolição de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório, prevendo cinco formas de

trabalho: (i) como medida de coerção, educação política, ou punição política por opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema vigente; (ii) como meio de convocação de mão-de-obra para desenvolvimento econômico; (iii) como meio de disciplinar mão-de obra, punindo por participação em greves; ou, ainda (iv), como meio de discriminação, seja de caráter racial, social, nacional ou religiosa.

Ressalte-se, porém, que a regra geral da absoluta proibição do trabalho forçado como medida coercitiva ou punitiva gera, contudo, alguns problemas de aplicação, tendo em vista as peculiaridades do direito interno de cada país, reflexo da discussão entre o universalismo e o relativismo das leis de direito internacional de direitos humanos.

Não obstante tais dificuldades de aplicação, é preciso destacar que a referida Convenções foi ratificada, até o momento, por 174 países, dentre os quais podemos destacar o Brasil, os Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, França e Rússia.

Quanto aos países que não ratificaram, podemos citar onze: Brunei Darussalã, China, Coreia do Sul, Ilhas Marshall, Japão, Lao, Myanmar, Palau, Timor-Leste, Tuvalu e Vietnam<sup>20</sup>.

Dentre os países que não ratificaram, destaque-se que o governo do Japão se justificou sob o argumento de que seriam necessários estudos mais aprofundados sobre a relação entre a Convenção no. 105 e a legislação nacional. No mesmo sentido, a República da Coreia declarou que precisaria verificar a concordância da legislação nacional com as disposições das Convenções n° 29 e n°105 da OIT. O governo do Vietnam, por fim, manifestou-se, afirmando que está a considerar a ratificação tanto da Convenção n° 29 como da n° 105 da OIT<sup>21</sup>.

Destaque-se, por fim, que as Convenções n° 29 e 105 da OIT são duas das oito convenções fundamentais que integram a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da OIT, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86.<sup>a</sup> sessão, em Genebra, em Junho de 1998.

<sup>20</sup> Disponível em  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0:NO:11310:P11310\\_INSTRUMENT\\_ID:312250:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0:NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312250:NO)>

<sup>21</sup> Disponível em  
<<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb282/pdf/iils-7.pdf>>.

### 2.2.7 A proteção do trabalho decente

Note-se que, uma das consequências da Declaração da Filadélfia, consiste na campanha pelo “trabalho decente”, isto é, trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho.

Destaque-se que se trata não somente da vedação de trabalho escravo, em condições análogas ao trabalho escravo (trabalhos forçados ou obrigatórios), mas sim da promoção do trabalho em condições dignas, exigindo uma postura proativa da comunidade internacional.

Em outras palavras, a proteção ao trabalho não mais se limita às vedações a determinadas formas de trabalho – seja o trabalho escravo, forçado ou infantil –, incluindo a promoção do respeito aos direitos no trabalho, em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998.

Dentre os direitos no trabalho defendidos pelo conceito de “trabalho decente”, a OIT destaca (i) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; e, por fim, (iv) a eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, com a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social<sup>22</sup>.

## 3 EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONTRA O TRABALHO ESCRAVO

Apesar do desenvolvimento inegável dos mecanismos de proteção contra o trabalho escravo, um questionamento válido a se apresentar é: como implementar efetivamente a proteção aos direitos aqui analisados? A resposta a essa questão é ainda muito debatida por estudiosos dos direitos humanos e não há uma única solução possível. Entretanto, parece ser útil a exposição de Kathryn Sikkink acerca do tema.

<sup>22</sup> Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>.

Sikkink, professora de Direitos Humanos na Universidade de Harvard, desenvolveu, em conjunto com Thomas Risse e Stephen Ropp, uma teoria denominada de *Spiral Model*<sup>23</sup>. Essa teoria trata da internalização efetiva de direitos humanos em um processo de socialização e é desenvolvida em cinco fases: *repression*; *denial*; *tactical concessions*; *prescriptive phase* e *rule-consistent behavior*.

Em linhas gerais, toda problemática envolvendo direitos humanos se inicia com a ação de um grupo que, sentindo-se desprotegido, exige a garantia de direitos. Após a manifestação popular, a resposta estatal é usualmente a de reprimir o movimento, sendo essa a primeira fase do modelo proposto por Sikkink. Após a repressão, o Estado geralmente nega a violação de direitos, mantendo uma postura de aparente normalidade interna, na fase de “*denial*”. Então, com a pressão interna e internacional, é comum que o Estado busque conferir direitos válidos apenas em teoria, em uma etapa de concessões táticas, com o objetivo de calar a mídia e a população interna. Estando ainda latente o problema, dá-se continuação às reivindicações, fazendo com que sejam aprovados direitos substantivos capazes de mudar a situação prática social, sendo essa a “*prescriptive phase*” do modelo. Por fim, com a organização de grupos exigindo melhoria de direitos humanos, somada à intensa mobilização popular, chega-se à fase final de internalização de direitos humanos, com comportamento estatal respeitando as regras aprovadas (*rule-consistent behavior*). Esse modelo se mostrou válido na África do Sul, para lidar com a problemática do *Apartheid*, bem como em várias outras situações de violações de direitos humanos. Assim, sugere-se que se aplique esse modelo à questão do trabalho escravo no Brasil.

No contexto brasileiro, pode-se dizer que já se está configurada a fase quatro do modelo espiral, sendo que já existem normas de mudança substantiva da situação prática. Contudo, a efetividade dessas normas é limitada e questionável, sendo inegável a existência de regimes de trabalho análogo ao de escravo no Brasil. Assim, defende-se ser preciso avançar para a última fase do modelo, que exige comportamento prático efetivo de acordo com as regras existentes no ordenamento jurídico.

<sup>23</sup> RISSE, Thomas; ROPP, Stephen; SIKKINK, Kathryn. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge University Press: Cambridge, 1999.



Para que haja o avanço para essa fase, é necessário que sejam melhor desenvolvidas redes de defesa de direitos humanos (*advocacy networks*), conectadas a organismos internacionais e nacionais, para pressionar a aprovação de soluções ao problema. Além disso, seguindo os ensinamentos de Beth Simmons<sup>24</sup>, é preciso também que haja intensa mobilização interna, exigindo a melhoria de condições de trabalhadores que são atualmente explorados. Para impulsionar a mobilização interna, é preciso informar a população do problema e demonstrar a situação precária a que são expostas inúmeras pessoas no território nacional.

A partir desses fatores, será possível, com menor dificuldade, atingir a fase final, de *rule-consistent behavior*, o que potencialmente poderá levar à diminuição efetiva do trabalho escravo no âmbito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

FAGNANI, Eduardo. **Seguridade Social**: a experiência brasileira e o debate internacional. Análises e propostas, n. 42, São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos\\_economicos\\_sociais\\_culturais\\_desafios](http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios)

RISSE, Thomas; Ropp, Stephen; SIKKINK, Kathryn. **The Power of Human Rights**: International Norms and Domestic Change. Cambridge University Press: Cambridge, 1999.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Proteção dos Direitos Econômicos e Sociais na América Latina**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9661&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9661&revista_caderno=16)

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. **Sistema de Proteção dos Direitos Humanos e Trabalho Forçado**: o Brasil e a Organização Mundial do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SIMMONS, Beth. **Mobilizing for Human Rights**: International Law in Domestic Politics. Cambridge University Press: New York, 2009.

---

<sup>24</sup> SIMMONS, Beth. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge University Press: New York, 2009.

# AGRICULTURA FAMILIAR NA SOCIEDADE DE RISCO E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lucas Souza Lehfeld<sup>1</sup>

Marina Ribeiro Guimarães Mendonça<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Modernidade, globalização e avanços tecnológicos são institutos que se relacionam quando se trata de sociedade de risco. A ebulição tecnocientífica chega ao ponto de não mais conter os riscos inerentes do “criar” com consequências graves, desconhecidas há longo prazo, e irreversíveis quando descobertas, ao se referir a meio ambiente (GUIVANT, 2001), como exemplo da crise hídrica brasileira de 2014. Assim, este conjunto de riscos ocasionados pelo desenvolvimento geraria “uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal” (BECK, 1999, p. 2-7).

O caráter eminentemente predatório do desenvolvimento social e econômico vê-se questionado, então, em face do surgimento da sociedade de risco e da visibilidade dos efeitos degradantes que as ações antrópicas produzem sobre os ecossistemas, como acentua Boaventura de Souza no livro pelas mãos de Alice (2003). Na

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Docente do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Coordenador de Curso de Direito do Centro Universitário Barão de Mauá.

<sup>2</sup> Advogada. Pós-graduanda em Direito, nível mestrado, em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto.

tradução de Canotilho e José Rubens Morato Leite (2010, p. 152) “pode-se afirmar que a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado, que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse desenvolvimento”.

Torna-se, nesse sentido, cada vez mais evidente a necessidade de se estabelecer uma nova relação entre desenvolvimento econômico-social e meio ambiente, buscando um equilíbrio entre a atividade produtiva, capaz de promover o crescimento econômico e, simultaneamente, a preservação e recuperação dos recursos naturais (sustentabilidade). Em destaque no trabalho, a agricultura, cuja terra é matéria prima para o desenvolvimento do setor.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que a hodierna crise ambiental provoca a necessidade de reestruturação de pilares do Estado, com a adoção de um desenvolvimento sustentável e gestão de segurança socioambiental por meio de políticas públicas e força normativa da constituição. Ou seja, a edificação de um Estado de Direito Ambiental, cujos “fundamentos desdobram-se simultaneamente sobre preceitos constitucionais, democráticos, sociais e ambientais”. (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 18)

Para tanto, o presente trabalho parte do período da Revolução Industrial e sua concepção de desenvolvimento, mencionando a Revolução Verde<sup>3</sup> na economia agrícola e consequente “Milagre Econômico” do setor balizado por uma “fúria regulatória” do sistema para se chegar ao conceito de desenvolvimento sustentável e equilíbrio socioambiental.

Destaca-se a importância da sociedade de risco sob a ótica do estudo de Ulrich Belick (1998, 2000, 2004) e Boaventura de Souza Santos (2002, 2003) no tocante a degradação de recursos naturais atrelada ao desenvolvimento, a mudança de comportamento da

---

<sup>3</sup> Entre a década de 60 e 70, segundo Graziano (1997; p. 43-81) no auge da modernização e revolução verde prevalece o caráter imediatista e focado em resultados econômicos. Ao final desta última década existe a tentativa de introduzir uma política diferenciada, voltando ao objetivo inicial, o de apoiar as comunidades de baixa renda, mas pelo visto não foi posta em prática. Em meados de 80, o SNCR é inserido no sistema financeiro geral, ao qual se torna atrativo e passa a ser disputado por capitais de outros setores (industrial e o bancário). Os reflexos contraditórios da inserção da agricultura nesse novo padrão de acumulação manifestaram-se rapidamente e, conseqüentemente agravando a crise agrária e afetando diretamente na crise urbana.

sociedade em busca da economia verde e desenvolvimento sustentável a partir dos anseios sociais da década de 60.

Imputa ao Direito o meio capaz de disciplinar e controlar o desenvolvimento e compreender as reivindicações fundamentais do ser humano que confere proteção ao meio ambiente. Necessário se faz apresentar o ideário da força normativa constitucional, principalmente na “vontade de Constituição” (HESSE, 1991), preservando seus direitos fundamentais ambientais e atingindo a compreensão do que vem a ser o Estado de Direito Ambiental.

Sob essa concepção de Estado, a Agricultura Familiar torna-se possível instrumento de busca do equilíbrio socioambiental ao apresentar os sistemas agrícolas sustentáveis, tais como agroecologia, enfoque na bioética e modo de vida peculiar dessa parcela do setor agrícola.

As políticas públicas voltadas à Agricultura Familiar, em destaque o Programa de Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater), incitam uma gestão pública balizada no tripé econômico – social – ambiental. Ademais, sob a força normativa da Constituição, elas possuem uma atuação disciplinadora quanto à tutela dos direitos fundamentais, como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme art. 225 da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>.

## 1 A PÓS-MODERNIDADE: SOCIEDADE DE RISCO

No tocante às sociedades contemporâneas, Boaventura de Souza Santos, em sua obra *Pela Mão de Alice* (2002), considera que a crise global é ocasionada pelas constantes transformações sociais.

As sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformações sociais muito rápidas e muito profundas que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais. (SANTOS, 2002, p. 18)

<sup>4</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (original sem grifos).

Essa mutação da sociedade decorre em especial pelo desenvolvimento da indústria, ciência e tecnologia, o que de outro lado também gerou problemas, ocasionando a crise ambiental. Como bem traduz Milaré (2009, p. 140), “os avanços proporcionados pela ciência e pela técnica não significam necessariamente uma elevação do progresso e do bem-estar, como se pensou a partir da Idade Moderna”. Em razão desse cenário, observa-se um despertar social pela enérgica busca do equilíbrio socioambiental, visando à sustentabilidade e economia verde.

O nível de desenvolvimento da ciência e da técnica se deu ao ponto de que não mais poderiam inviabilizar tentativas de se quantificar os riscos e desafios acometidos na fase de industrialização. Diante das incertezas, a sociedade moderna passa a ceder lugar, de forma gradativa, a uma sociedade de risco, como um deslocamento na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade (DUALIB; BELCHIOR, 2010). Como preceitua a teoria da sociedade de risco defendida por Beck (1998) ao constatar que a modernidade não realizou suas promessas e ainda acentuou as desigualdades sociais que posteriormente intitulou de risco global.

A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo. Assim, os riscos parecem *reforçar*, e não revogar, a sociedade de classes. [...] Essa – lei da distribuição de riscos determinada pela classe social e, em decorrência do aprofundamento dos contrastes de classe através da concentração de riscos entre os pobres e débeis por muito tempo impôs-se e, ainda hoje se impõe, em relação a algumas dimensões centrais do risco: [...] Riscos de sobrecarga, irradiação e contaminação, ligados à execução do trabalho nos correspondentes ramos da indústria, são distribuídos de modo desigual conforme a profissão. São principalmente as vizinhanças mais acessíveis aos grupos de menor renda a população, nas redondezas de centros de produção industrial, que são oneradas no longo prazo por conta de diversos poluentes no ar, na água e no solo. [...] Também as possibilidades e capacidades de lidar com situações de risco, de contorná-las ou compensá-las, acabam sendo desigualmente distribuídas entre distintas camadas de renda e educação: quem dispõe do calço financeiro de longo prazo pode tentar contornar os riscos através da escolha do local e da configuração da moradia [...] (BECK, 1998, p. 41-2).

As incertezas despertadas pela sociedade industrial (moderna) levam a discussão temas referentes ao modo de vida do homem e meio ambiente, principalmente, ao inserir o vocábulo risco no conceito de modernidade culminando na crise ambiental. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos (2001), ao traduzir o pensamento de Beck (1998), e seu contorno na teoria da sociedade de risco, dispara sobre os problemas de riscos e incertezas que transformaram a sociedade.

Percebe que os problemas da nova sociedade, trazendo os elementos incerteza e riscos, notadamente os ambientais, para a sociologia, delineando uma sociedade, diversa das precedentes, que já não se identifica com a fase moderna, tendo de encarar o risco à própria existência humana embora a vivência esteja impregnada de normalidade, a ocultar perigos iminentes (SANTOS, 2001.p 30).

A sociedade de risco quebra paradigmas do considerado desenvolvimento econômico e abala a ideologia do progresso. Ademais, caracteriza-se pela irresponsabilidade organizada, pois, os riscos ambientais que eram previamente desconhecidos e imensuravelmente catastróficos muitas vezes foram abafados pelo poder público e privado, na visão do sociólogo alemão Ulrich Beck (1995, p. 61) e assim, gerariam consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente que, quando descobertas, tendiam a ser irreversíveis (DUALIB: BELCHIOR, 2010; GUIVANT, 2001).

Entre esses riscos, Beck (2010, p. 34) inclui os ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Mais recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais (GUIVANT, 2001).

Paralelamente as transformações sociais, verifica-se o pensamento de riscos e incertezas atrelados à irresponsabilidade organizada da sociedade industrial na situação peculiar da intervenção do Estado no setor rural. Pois, para impulsionar a economia agrícola do país, na década de 60, havia uma forte presença do Estado que passa a determinar o crescimento do setor agrícola e sua articulação com os outros a montante e a jusante da agropecuária. A estrutura e o perfil da produção agrícola deveriam

consolidar-se no parque industrial, instaurando, portanto, um estilo de desenvolvimento visando à modernização. (SILVA, 2014).

A esta fase ascendente econômica deu-se a denominação de Milagre Econômico. A partir de então, ampliou-se o crédito rural subsidiado e outros incentivos à produção agrícola; a internacionalização do pacote tecnológico da Revolução Verde que consistia no fornecimento de crédito aos agricultores para compra de sementes melhoradas, atualmente chamadas sementes transgênicas, além de máquinas de insumos, melhoria de preços das *commodities* agrícolas e degradação ambiental para abertura de fronteiras agrícolas (GRAZIANO, 1996).

Ocorre uma Fúria Regulatória que elevou o status da agricultura brasileira a um dos setores econômicos mais estratégicos para a consolidação do programa de estabilização da economia nacional e que os diversos governos passam a disciplinar praticamente todos os aspectos da política agrícola e abafar os desastres ambientais resultantes do processo de modernização da agricultura (GRAZIANO, 1997). Porém, não se sabia a que preço se daria a estabilização econômica do referido setor.

Hoje são nítidos, mas imensuráveis, os resultados catastróficos ao meio ambiente que toda essa modernização desmedida causou e ainda causa à saúde da sociedade e ao bem-estar da coletividade e que preocupa a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária- EMBRAPA (2014) no estudo “Visão 2014-2034. O futuro do desenvolvimento tecnológico da agricultura brasileira” sobre os efeitos do sistema agrícola industrial da Revolução Verde. É o que se segue:

Apesar desse progresso, é preciso avançar ainda mais no caminho da sustentabilidade e sanar conflitos localizados entre a produção agropecuária e questões sociais e ambientais. O ciclo virtuoso de pesquisa e desenvolvimento e inovação em agricultura foi fundamental nos últimos 40 anos e precisa ser intensificado nos próximos 20. (VISÃO... 2014)

Para Boaventura (2003, p. 34), de todos os problemas enfrentados pelo sistema mundial, na denominada teoria global do risco,

a degradação ambiental é talvez o mais intrinsecamente transaccional e, portanto, aquele que consoante o modo como for enfrentado pode, tanto, redundar num conflito global entre norte e sul, como pode ser a plataforma para um exercício de solidariedade transaccional e intergeracional.

Segue o mesmo entendimento Milaré (2013, p. 217) ao atribuir que “grande parte do que se protagoniza na atualidade da problemática global gira em torno do desenvolvimento sustentável”.

A transição da pós-modernidade<sup>5</sup> no social e político que resulta na sociedade de risco, deixa uma profunda dúvida em razão da formação de um contexto social impregnado de conceitos incertos, inquietantes, perdas de referenciais, entre tantas outras interrogações. O modelo atual económico angustia a sociedade, que se vê desmontada diante da falta de valores e princípios que tanto dignificavam o homem.

Então, como atribuir progresso à sustentabilidade? Como o conceito de desenvolvimento edificado a partir da Revolução Industrial, fundamentada na visão mecanicista cartesiana – fazendo com que o mundo seja percebido como se máquina fosse –, conviva em harmonia com os anseios de proteção do meio ambiente? (CAPRA, 2006, p. 34).

Perante, ao impasse de riscos ambientais irreversíveis e desenvolvimento social e económico ocasionados pela primeira modernidade (sociedade industrial), como intitula Beck (1998), o autor não sugere inutilizar a modernização na transição para a sociedade de risco. E sim, assinala que deveria existir redefinição da sociedade moderna

o que nós precisamos é de uma autocrítica fundamental, uma redefinição-ou talvez, reforma da modernidade e da sociedade moderna. A modernidade precisa ser reformada no mais completo sentido”. (BECK, 2004, p.29).

---

<sup>5</sup> Para Santos (2001, p.30) É certo que o consenso de conceito da fase atual a que se submete a sociedade, ainda gera disparidades de nomenclatura, mas para Boaventura de Souza — “[...] simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exactidão a situação actual. Talvez por isso que a designação inadequada de pós-moderno se tornou tão popular”.



Nesse sentido, extrai-se da teoria da sociedade de risco contemplada por Ulrich Beck a transformação social e a metamorfose do Estado na tentativa de quantificar os riscos da modernização e emergir a proteção aos recursos naturais através de políticas públicas da agricultura familiar visando ao equilíbrio econômico socioambiental e desenvolvimento sustentável sob a premissa de direito fundamental.

## **2 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A busca pelo meio ambiente sadio, desenvolvimento econômico, regulamentação das atividades produtivas para um impacto menos negativo ao meio ambiente e pelo aprimoramento constante do bem estar social demandou inúmeras transformações no Estado e em sua estrutura normativa na tentativa evolutiva e aberta de se viabilizar o equilíbrio socioambiental, além, e não menos importante, da transformação social.

Menciona Jasanoff (2005), citado por Heline Sivini Ferreira (2012, p. 129) “que o direito existe como instrumento de manutenção da ordem desde que os homens tentem conviver em harmonia uns com os outros”. Enfatiza, ainda, Miguel Reale (1987), a importância do Direito na estruturação da tutela ao meio ambiente ao relatar que

A civilização tem isso de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre. (REALE, 1987, p. 197)

Contudo, diante de um capitalismo eminentemente expansionista e de todas as peculiaridades da sociedade de risco, pode-se afirmar que compete ao sistema jurídico assumir um compromisso efetivo com a exploração sustentada do meio ambiente, reconhecendo-o como um bem autônomo e essencial à sadia qualidade de vida, e que não pode simplesmente ser exposto aos riscos inerentes ao sistema capitalista neoliberal (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012, p. 12).

Dessa conformação entre o economicamente viável, o ecologicamente correto e o socialmente justo, resulta a sustentabilidade como princípio orientador da tutela ambiental encartada pela Constituição Cidadã de 1988, especialmente em seu artigo 225 (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012, p. 47).

Mesmo sob o viés de uma sociedade de risco, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, posta-se como *conditio sine qua non* de qualquer política pública de incentivo à produção agropecuária, em especial aquela desenvolvida pela agricultura familiar. Assim, o Direito reage e busca em seus aparatos meios para atingir o desenvolvimento sustentável, como preconiza Leite, Ferreira e Caetano (2012):

O direito e a racionalidade tradicional são contestados pela complexidade ambiental, que é bem diferente e composta de vários elementos diferenciadores. Invisibilidade, atemporalidade, imprescritibilidade, efeitos transfronteiriços da lesividade, complexidade da causalidade, irreversibilidade da lesão, riscos abstratos e concretos são alguns dos sintomas da complexidade ambiental trazendo uma juridicidade ambiental que instiga a forma pela qual o direito reage a essas novas missões da sociedade organizada e de risco. A irresponsabilidade organizada, acrescida de omissão, de falta de gestão e de ocultação dos riscos abstratos e concretos pelo Poder Público e por terceiros, agregada aos problemas da complexidade ambiental, exige um repensar do direito para que se evite a perpetuação de um gestor em função simbólica e ineficaz, pois essa ação gera impunidade aos poluidores e aos causadores de catástrofes ambientais. (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012. p. 7)

Com a nova relação paradigmática do Direito com a natureza, constitui-se o início para a edificação do Estado de Direito Ambiental. Trata-se, para tanto, de Direito Fundamental, pois como salienta Antonio Enrique Perez Luño (1995, p. 463), o fato de o meio ambiente incidir-se diretamente na existência humana justifica a sua inserção no estatuto dos direitos fundamentais, considerando o ambiente como o conjunto de condições externas que conformam o contexto da vida do ser humano. Ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é atualmente considerado como de fraternidade, ou seja, de terceira geração. Como ressalta Alexandre de Moares (2011)

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (MORAES, 2011. p.26)

Em relação às características dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico-constitucional, considerados fundamentais, Walter Claudius Hothenburg (2000, p. 55-65) ressalta que esses direitos são a “base (axiológica e lógica) sobre a qual se assenta um ordenamento jurídico”. A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo do direito (referências, valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da dignidade da pessoa humana), bem como pela sua posição normativa (Constituição). Para o referido autor, “concorrem, portanto, ambos os critérios (formal e material) para definir a fundamentalidade de um direito”.

Ana Paula Barcelos (2007) também sobre o tema ressalta que os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais por não ser possível hierarquizá-lo em abstrato, dado a sua fundamentalidade.

Como característica dos direitos fundamentais, a universalidade gera a necessidade de uma proteção internacional, sem, no entanto, deixar de lado as particularidades culturais de cada povo. Destaca Verdú (1976, p. 171) que essa característica deve ser observada pela ótica da “não-uniformidade”, pois cada sociedade está inserida em contextos totalmente distintos, e a universalidade sem levar em consideração o multiculturalismo acabaria por provocar um sistema jurídico internacional opressor, sem realmente cumprir com a sua finalidade, qual seja, a tutela dos direitos humanos contextualizados em valores culturais e históricos.

Por se tratar de um país de imensas fronteiras agrícolas, o equilíbrio econômico socioambiental é pressuposto, portanto, na tutela do direito fundamental ao meio ambiente. Essa característica do Brasil repercute, contudo, no processo de interpretação das normas constitucionais e internacionais de proteção do meio ambiente como direito humano de preocupação global.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, conclusivamente, impõe ao Estado de Direito brasileiro o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente,

peculiarmente do setor agrícola que é a expressão concreta de desenvolvimento e meio ambiente sob o viés do equilíbrio sustentável (MILARÉ, 2009).

Não obstante à previsão constitucional da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sabe-se que a eficácia normativa nem sempre acompanha os propósitos da Constituição. Konrad Hesse (1991), neste sentido, entende que a constituição é instrumento de suma importância para eficácia de uma norma.

a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação a realidade política e social (HESSE, 1991. p.15).

A Constituição é, portanto, a base norteadora para a gestão de equilíbrio socioambiental, sob um contexto internacional de preocupação com o meio ambiente, pode-se concluir. Para Ana Paula Barcelos (2007),

a constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os poderes públicos. E de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por várias razões deve ser especificamente prestigiado.

Apesar dessa concepção, o Estado de Direito não é uma obra acabada (TARREGA; SANTOS NETO, 2006). É, na verdade, um processo de constante atualização e aperfeiçoamento, uma representação ativa que, ao incorporar novos elementos, modifica a racionalidade e a sua própria estrutura (LEITE; AYALA, 2004). É nessa perspectiva que se destaca o Estado de Direito Ambiental, como produto em transformação a partir das novas reivindicações sociais enfatizadas pela sociedade de risco, e também pela tutela dos direitos ambientais previstos na Constituição Federal de 1988.

### 3 O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

O Estado de Direito Ambiental, em seu ideário, possui em Canotilho (2004a, 2004b, 2007, 2008, 2010) sua maior expressão. Para o autor Estado de Direito Ambiental, apresenta os seus pressupostos essenciais para sua edificação. Portanto, a estruturação desse Estado decorre dos seguintes pilares: a adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; a institucionalização de deveres fundamentais ambientais e o agir integrativo da administração.

Ressalta que a proteção do meio ambiente não deve ser limitada em função dos seus elementos constituintes, mas deve se estender sobre um amplo conjunto de sistemas e de fatores que possam produzir efeitos diretos ou indiretos, mediatos ou imediatos, sobre a sociedade e a qualidade de vida. Isso significa que o próprio conceito de meio ambiente deve ser globalizante e precisa incorporar a totalidade dos elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas (CANOTILHO, 2008, p. 91).

Portanto, na concepção do autor, deve o direito ambiental ser integrativo e, como consequência, promover substanciais modificações na forma como os instrumentos jurídicos são concebidos, definidos e implementados pelo Estado (CANOTILHO, 2004). Porém, destaca que a proteção do meio ambiente não pode e nem deve constituir uma tarefa exclusiva do Estado, mas sim, uma responsabilidade comum que se concretiza por meio da dissolução de obrigações entre entidades públicas e sociedade civil (SILVA, 2010).

Estado de Direito Ambiental é, todavia, conceito abstrato (LEITE; AYALA, 2004). Traz em si elementos políticos e sociais, e não se restringe à ciência jurídica. No entanto, é utilizado para fins de orientação e aproximação de Estado, Direito e Sociedade, que são primordiais na persecução de uma condição ambiental pautada no equilíbrio e segurança de satisfação da dignidade da pessoa humana como asseguram alguns princípios elencados por Canotilho (2008) sobre o referido Estado: a) princípio da solidariedade entre as gerações, que dá às presentes a obrigação de incluir como meta de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras; b) o princípio do risco ambiental proporcional, que seria a probabilidade da ocorrência de acontecimentos ou resultados danosos ser tão real quanto mais graves forem as espécies de danos e resultados que

estão em jogo; c) o princípio da proteção dinâmica do direito ao ambiente segundo a evolução e progresso dos conhecimentos da técnica de segurança; d) princípio da obrigatoriedade da precaução, mesmo que os juízos de prognose permaneçam na insegurança, tendo em vista que a falta de certeza científica absoluta não desvincula o Estado do dever de assumir a responsabilidade de proteção ambiental (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012, p. 117-189 apud CANOTILHO, 2008).

Vale ressaltar que a potencialização dos objetivos do Estado de Direito Ambiental não representam necessariamente uma solução para os problemas ecológicos vivenciados pela modernidade. Todavia, estimula Estado e sociedade no processo de transformação do cenário ambiental provocando o sistema jurídico a assegurar equilíbrio econômico-socioambiental, e munir seus aparatos em defesa da sadia qualidade de vida.

E no Brasil, ganha força e relevância devido aos extremos ambientais na imensidão do país que possui extremidades continentais. Alguns autores se destacam no fortalecimento doutrinário da estruturação do Estado de Direito Ambiental, sejam eles Machado, Benjamin, Molinaro e Leite já com inúmeras obras e recentemente Ayala (2009), Heline Sivini Ferreira (2008), Patrícia Bianchi (2007), Maria Leonor Ferreira (2009), Caroline Ruschel (2007) com teses e dissertações sobre o tema, dentre outros (CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 149-154), precedidos por Jose Rubens Morato Leite, um dos primeiros precursores do pensamento de Canotilho.

No entendimento de Leite (2010) ao associar Estado de Direito Ambiental e a irresponsabilidade organizada de Belick (1998) afirma que os riscos escapam à ordem jurídica, porém, o Estado deve nortear a ordem de gestão para efetivar o equilíbrio econômico socioambiental. É o que se segue:

Ao tratar das cinco funções fundamentais da discussão do Estado Ambiental, em um primeiro momento, deve-se moldar formas mais adequadas para a gestão dos riscos e evitar a irresponsabilidade organizada, pois o Estado não pode ser o herói objetivando garantir a eliminação total do risco. Isto, segundo os autores, é impossível, haja vista que o risco é inerente ao próprio modelo que serve de base para a sociedade. O que se deve buscar é a gestão responsabilizada dos riscos (LEITE, 2010. P 194).

Justifica-se, nesse contexto, a agricultura familiar como instrumento viabilizador da concretização do Estado de Direito Ambiental concebido por Canotilho, por institucionalizar os deveres fundamentais na seara ambiental ao propiciar o desenvolvimento de sistemas agrícolas sustentáveis; permitir a adoção de uma concepção integrada do meio ambiente ao envolver Estado e sociedade no tocante, principalmente, a segurança alimentar e a busca por alimentação saudável pertinente a sadia qualidade de vida; e desenvolver a interação entre Administração Pública e sociedade quanto às políticas públicas da agricultura familiar.

#### **4 A AGRICULTURA FAMILIAR COMO POLÍTICA PÚBLICA**

O equilíbrio socioambiental, em um Estado de Direito Ambiental, decorre da pró-atividade juspolítica e econômica pelo Poder Público, por meio de programas e ações. Segundo Paula Bucci (2002, p. 241), política pública é “o conjunto de programas e ações governamentais visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinandos”.

No mesmo sentido, Ana Paula Barcelos (2007) afirma que compete a Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, e para isso cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas.

As políticas públicas agrícolas para a agricultura familiar são efetivos instrumentos incentivadores de práticas sustentáveis, visando o desenvolvimento econômico e social a partir da relevância do setor rural, e sob o contexto de uma sociedade de risco. Uma das políticas públicas essenciais neste processo é o Programa de Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater), que será oportunamente abordado.

A Agricultura familiar “define-se essencialmente como uma unidade de produção onde as categorias trabalho, terra e família estão intimamente relacionadas” (CARNEIRO, 1998). Possui, portanto, sistema peculiar de trabalho que propicia o desenvolvimento sustentável da produção. Reforça o pensamento de práticas sustentáveis Lehfeld, Carvalho e Balbim (2013) ao relacionar agricultura familiar e função socioambiental da propriedade

As funções sociais da propriedade a agricultura familiar ganha especial relevo, pois, trata-se de atividade que deve ser protegida, fomentada e compatibilizada com a proteção ambiental, na medida em que possibilita a subsistência de um grande número de famílias e ao mesmo tempo, pode se tornar um excelente instrumento para a implantação de boas práticas voltadas a preservação do meio ambiente (LEHFELD; CARVALHO; BALBIM, 2013. p.283)

Ademais, a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO, 2014) declarou o ano de 2014 como “Ano Internacional da Agricultura Familiar”, reconhecendo o papel fundamental do setor para a segurança alimentar do mundo. O intuito é aumentar a visibilidade da agricultura familiar e dos pequenos produtores, focalizando a atenção mundial em seu importante papel na erradicação da fome e pobreza, provisão de segurança alimentar e nutricional, melhora dos meios de subsistência, gestão dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável, particularmente nas áreas rurais (ANUARIO, 2014, p. 7-10).

Pertinente se faz explicar a atuação da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) no desenvolvimento do conceito de segurança alimentar, no intuito de compreender a necessidade de estimular também a produção sustentável da agricultura familiar. Na reunião de Cúpula Mundial da Alimentação, realizada em 1974 pela FAO, foi desenvolvido o referido conceito, sendo por Roberto Grassi Neto (2013, p. 61) retratado como

a disponibilidade, em todo os momentos, de reservas mundiais adequadas de alimentos básicos para sustentar a expansão constante do consumo de alimentos e para compensar as flutuações na produção e no preço.

A partir de então, a FAO, periodicamente, revisa o conceito de segurança alimentar e inclui as complexidades das transformações sociais. Foi no ano de 2003 que a FAO publicou importante texto intitulado “*Trade Reforms in Food Security*”, no qual houve a ampliação do conceito. Segurança alimentar, sob esse contexto, corresponde, além do acesso a alimentos, a sanidade alimentar e o equilíbrio nutricional, “de modo a refletir as crescentes



preocupações com a composição dos alimentos” (GRASSI NETO, 2013, p. 87).

Por meio desse conceito pré-estabelecido mundialmente, no Brasil, enunciou-se a noção de “segurança alimentar e nutricional” com sustentabilidade, nos textos de base a serem empregados na II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, ocorrida em 2004 na cidade de Olinda. “Segurança alimentar e Nutricional (SAN) é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social econômica e ambientalmente sustentável” (GRASSI NETO, 2013, p. 89).

Reputam-se sustentáveis, para tal fim, a produção de consumo que não sejam nocivos à sociedade, economia e meio ambiente, ou seja, a partir do conceito brasileiro de segurança alimentar é que se transmite a ideia desenvolvida no Estado de Direito Ambiental e seus objetivos ao interagir a economia e sociedade na busca ao equilíbrio ambiental.

No que se refere ao desenvolvimento da agricultura, em termos de segurança alimentar, desde 1992, o plano de ação da Organização das Nações Unidas, adotado na Cúpula Mundial Agenda 21-1992,

assumiu como um de seus objetivos busca do aprimoramento da produção agrícola e dos sistemas de cultivo, por meio da diversificação das explorações agrícolas e não agrícolas, com o fim de atingir-se segurança alimentar.

Nesse contexto, insere-se a agricultura familiar no centro de políticas públicas agrícolas ambientais e sociais (GRASSI NETO, 2013, p. 88).

Em primeiro lugar, é importante destacar a relevância desse modo de agricultura e o que ela representa na totalidade do setor agrícola, o qual é responsável por um terço do Produto Interno Bruto (IBGE, 2014). A agricultura familiar, por sua vez, é responsável por grande parte da produção de alimentos do país (ANUÁRIO, 2014, p. 10).

De acordo com o estudo do censo agropecuário levantado pelo IBGE (2006), 85% dos estabelecimentos brasileiros são de agricultura familiar (responsável, por exemplo, de 70% da produção nacional de feijão, e 50% do leite). Em relação aos empregos, 77% da totalidade do setor rural pertence à agricultura familiar, conforme o documento “Perspectivas da Agricultura e do Desenvolvimento Rural na Américas 2014: um olhar para a América Latina e Caribe” (ANUÁRIO, 2014, p. 11).

São, portanto, números e constatações que colocam a agricultura familiar no patamar de destaque do setor rural e desenvolvimento econômico do PIB nacional. Ademais, é responsável pela segurança alimentar além Brasil. Fica demonstrada, contudo, a necessidade de políticas públicas para a agricultura familiar sob o viés da sustentabilidade.

Contudo não é possível separar agricultura familiar e meio ambiente, pois a pequena propriedade rural devido a sua inserção em todo território nacional torna-se uma importante reserva de biodiversidade da fauna e da flora brasileira. Uma coisa é certa: quanto mais se cuida da natureza mais retorno ela pode dar ao proprietário do imóvel rural, em especial o pequeno produtor (agricultor ou empreendedor rural familiar).

Diante da necessidade de se desenvolver uma agricultura sustentável e produção de alimentos não nocivos à coletividade, surge a Lei 12.188 de 2010, que institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (Ater), que é exemplo concreto da importante evolução dos objetivos do Estado de Direito Ambiental a partir do ideário de sociedade de risco, bem como da tutela dos direitos fundamentais ambientais.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente,

o principal objetivo dos serviços de assistência técnica e extensão rural (Ater) é melhorar a renda e a qualidade de vida das famílias rurais, por meio do aperfeiçoamento dos sistemas de produção, de mecanismo de acesso a recursos, serviços e renda, de forma sustentável (MDA, 2014).

O Programa se mostra interessante por partir de pressupostos sustentados pelo Estado de Direito Ambiental,

principalmente no tocante da justiça socioambiental, intersetorialidade, pluralidade, interdisciplina e interdependência entre campo e cidade, através de gestão democrática participativa, vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral da política pública de assistência técnica e extensão rural é atuar decisivamente nas iniciativas de desenvolvimento rural sustentável, que envolvam atividades agrícolas e não agrícolas, pesqueiras, de extrativismo e outras afins, tendo como foco o fortalecimento da agricultura familiar, visando a melhoria da qualidade de vida e fundamentados em princípios agroecológicos (MDA, 2014).

Destaca-se, para o estudo, a adoção da agroecologia na produção de alimentos da agricultura familiar como instrumento de incentivo de políticas públicas na proteção ambiental, nas múltiplas formas de uso da terra para garantir condições de vida digna no meio rural e social como um todo, ao que se refere à alimentação saudável. (ANUÁRIO, 2014, p. 380).

## **5 SISTEMAS AGRÍCOLAS SUSTENTÁVEIS: AGROECOLOGIA E BIOÉTICA**

É fato incontroverso que as políticas públicas estão caminhando na busca pelo equilíbrio ambiental para o desenvolvimento rural sustentável. Há, no entanto muito a ser integrado pelo Estado, sociedade e Direito, para atingir os objetivos desempenhados pelo abstrato Estado de Direito Ambiental. Contudo, concretizam-se, efetivamente, resultados positivos no que se refere à adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; a institucionalização de deveres fundamentais ambientais; e o agir integrativo da administração, na diretriz da agroecologia estimulada pela política pública do ATER e PNATER.

A agroecologia está inserida no contexto de sistema agrícola sustentável que se apresenta como alternativa para o desenvolvimento rural sustentável na agricultura familiar ao se pautar na nova agenda da agricultura, que está na contramão da daquela fomentada pela Revolução Verde na era da sociedade industrial (VIEIRA; GUERRA, 1995, p. 21-25).

A alternativa agrológica subverte boa parte dos pressupostos da referida Revolução verde, baseada no uso intensivo de variedades

modernas, fertilizantes e agrotóxicos com foco central na produtividade e não no meio ambiente ou na qualidade biológica dos alimentos produzidos e com a promessa tecnológica de acabar com a fome no mundo e o desperdício de produção (LEHFELD; MENDONÇA, 2015)

Agricultura sustentável resume-se na produção de alimentos de alta qualidade biológica para suprir demanda crescente, a custos compatíveis, e mantendo a biodiversidade. Alta qualidade biológica significa ausência de resíduos de agroquímicos, composição nutricional balanceada, diversidade de produtos, consumo do produto do momento adequado e alto sabor. Além disso, há de se pensar na produção e consumo local, pois o transporte de alimentos a grandes distâncias, além de diminuir a qualidade, contribui para o aquecimento global no quesito perecível (LEHFELD; MENDONÇA, 2015).

Por isso, remete-se ao conceito de bioética para fundar os pilares da agricultura sustentável sob a ótica da agroecologia na agricultura familiar. Na percepção de Tereza Rodrigues Vieira (2003),

a Ciência está caminhando mais rápido que a reflexão ética por parte da sociedade. A humanidade ainda não encontrou respostas para diversas questões éticas. Muitos requerem a discussão e a elaboração de leis sobre a bioética para legitimar a sua prática ou para proibir experiências julgadas abusivas. No entanto, com o progresso veloz das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento da sua promulgação. Philippe Le Tourneau<sup>1</sup> recusa a ideia de legiferar. Segundo ele, os grandes princípios do Código Civil são suficientes para regulamentar as situações (VIEIRA, 2003. p 21).

Atua, portanto, a bioética na esfera pública, quer por meio da intervenção na situação social dos excluídos, quer pela responsabilização do Estado em sua proteção (CARVALHO; ROCHA, 2013). Como acentua Schramm (2001, p. 949-56), a utilização ora feita do princípio de proteção em bioética resgata o papel protetor do Estado.

Ainda, cabe ao Estado buscar meios para estimular indivíduos e famílias a recuperar a capacidade de conquistar o próprio sustento. E é por essa definição, de proteção do Estado por meio da bioética, que se atribui a necessidade das políticas públicas

incentivadoras na busca do princípio constitucional de equilíbrio ambiental sustentado pelo Estado de Direito Ambiental.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de risco colocou em questão a ebulição tecnocientífica, no tocante a proteção socioambiental e a que ponto os riscos criados por esse desenvolvimento econômico e social se tornariam conseqüentemente graves ao longo do tempo com resultados desastrosos e irreversíveis ao meio ambiente e à coletividade.

Hoje é possível quantificar os desgastes que essa revolução da ciência e tecnológica causou ao meio ambiente e sociedade no tocante aos recursos hídricos, por exemplo. A busca pela tecnologia em produção de energia por meio de recursos hídricos culminou em desastres irreversíveis de falta de água e energia em muitas partes do país. Problema que irá perdurar. Pois a energia brasileira é predominantemente conquistada através de recursos hídricos.

Assim como a produção de energia, a agricultura brasileira, não só a familiar, é toda pautada no desenvolvimento de sua produção na dependência de água por inúmeros processos de irrigação peculiares do setor. Somado a isso, o setor de agricultura familiar tem papel de extrema relevância na produção alimentar do país, e por isso, ativamente na segurança alimentar e no patamar social e econômico.

Então, como proceder em busca do equilíbrio econômico socioambiental preconizado na Constituição Federal e efetivado pelo abstrato Estado de Direito Ambiental? Insere-se, nesse cenário o uso de sistemas agrícolas sustentáveis, destacado pela agroecologia, na tentativa de unir Estado Protetor e Bioética na busca ao desenvolvimento sustentável e economia verde.

A alternativa de uso de sistemas agrícolas sustentáveis tais como a agroecologia e a adoção do princípio da precaução para novas tecnologias, devem contemplar princípios e processos ecológicos e evitar as práticas tradicionais apregoadas pela revolução verde (LEHFELD; MENDONÇA, 2015). Essa opção visando a conservação e uso sustentável da agrobiodiversidade está atrelada, portanto, ao princípio da precaução e amparado pela bioética na forma de Estado Protetor.

Encontrou-se, na agroecologia um sinônimo de sustentabilidade, pois atende a todos os pressupostos da compreensão agrossistêmica, e assim, faz se perceber os princípios, pressupostos e objetivos do Estado de Direito Ambiental. Assegurada nessa definição a intervenção estatal sob o enfoque da bioética e equilíbrio socioambiental, priorizando ainda, a economia do setor.

Ademais, a agroecologia pode ser realizada na paisagem e não necessariamente numa propriedade isolada, afinal, agricultura também é vizinha (LEHFELD; MENDONÇA, 2015). Em suma, os direitos fundamentais ambientais com consectários na segurança alimentar e inclusão social através das políticas públicas da agricultura familiar, exemplificados pelo estímulo da agroecologia na política pública do ATER são, concretizações positivas do ideário abstrato de Estado de Direito Ambiental, ao demonstrar-se capaz de efetivar o equilíbrio na agricultura familiar quanto à exploração da terra para produção e a tutela dos bens ambientais exigida pela legislação florestal vigente.

## REFERÊNCIAS

ANUÁRIO. **Anuário da Agricultura Familiar**. 2014. São Paulo: Bota Amarela, 2014.

ARRUDA, Roberto. **Informação, Capital Social e Mercado de Crédito Rural**. Tese para obtenção de título de doutorado na área de economia pela Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”-ESALQ. Universidade de São Paulo: Piracicaba, 2003.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Salvador. 2007. **Revista Diálogo Jurídico**. v.15.

Disponível em:

<[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 13 dez.2014.

BECK, Ulrich. **A Sociedade Global do Risco**: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Tradução de Selvino J. Assmann. Jul. 2000. Disponível em:

<<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em 2 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **La invención de lo político**: para una teoría de la modernización reflexiva. Tradução de Irene Merzari. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999. In:

\_\_\_\_\_. The reinvention of politics, towards a theory of reflexive modernization. In BECK, U.; Giddens, A.; LASH, S. **Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the modern social order**. Cambridge: Polity Press, 1994. Disponível em: <[http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD\\_Repensando-](http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD_Repensando-)

Estado-FINAL-25-07-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2014

\_\_\_\_\_. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. Tradução de Martin Steinmetz. Madrid: El Roure, 1998. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107164/320328.pdf?sequence=1>>. Acesso em : 17 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ecological Politics in an Age of Risk**. Londres: Polity Publications, 1995, p. 61

\_\_\_\_\_. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 39-43.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e meio ambiente uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental**. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2009.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato. **O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica**. Sequência, n. 60, p. 291-318, jul. 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva ; DUALIBE, Erika Pereira. **Pós-modernidade e Estado de Direito Ambiental**: Desafios e perspectivas do Direito Ambiental. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE. 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3194.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens (Orgs.). **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental**: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito

constitucional português. In: \_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em:

[http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD\\_Repensando-Estado-FINAL-25-07-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD_Repensando-Estado-FINAL-25-07-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 dez 2014.

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3194.pdf>

CARNEIRO, M. J. T. **Camponeses, agricultores e pluriatividade**. Rio de Janeiro, Contracapa, 1998.

CARVALHO, Luciana Rodrigues Teixeira; ROCHA; Dais Goncalves. **Programa de Aquisição de Alimentos**: a lente bioética na segurança alimentar. Revista de Bioética.; 21 (2): 278-90. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/818/906](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/818/906)> Acesso em: 24 de março de 2015.

EMBRAPA. Visão 2014-2034. **O futuro do desenvolvimento tecnológico da agricultura brasileira**. 2014. Disponível em: <https://www.embrapa.br/documents/1024963/1658076/O+Futuro+de+Desenvolvimento+Tecnol%C3%B3gico+da+Agricultura+Brasileira+-+s%C3%ADntese.pdf/ddb0a147-234d-47f1-8965-1959ef82311d>. Acesso em: 22 de março de 2015.

FERREIRA, Helene Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro**: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

GRAZIANO, José da Silva. A Nova Dinâmica da Agricultura Brasileira. Campinas: UNICAMP, 1996. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/15/922.pdf>>. Acesso em: 12 dez.2014

GRAZIANO, José da Silva. **O novo rural brasileiro. Nova Economia**, Belo Horizonte, v.7, n.1, p. 43-81, 1997.

GUIVANT. Percepção dos olericultores da grande Florianópolis (SC) sobre os riscos decorrentes do uso de agrotóxicos. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. São Paulo, Fundacentro, v. 22, 1995. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 10 dez.2014.

GRASSI NETO, Roberto. **Segurança Alimentar**: da produção agrária a proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013.



HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBGE. **Censo agropecuário 2006**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/>>. Acesso em: 17 de março de 2015.

HOTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 8, n. 30, p.55-65, jan./mar. 2000.

JASANOFF, Sheila. The value of legality in environmental action. In: BAUER, Joanne R. (Org.). **Forging environmentalism: justice livelihood and contested environments**. Armonk: M.E. Sharpe, 2005. Disponível em: <[http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD\\_Repensando-Estado-FINAL-25-07-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99623/VD_Repensando-Estado-FINAL-25-07-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 dez 2014.

JUNIOR, Gofredo Telles. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986

LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco; BALBIM, Leonardo Isper Nassif. **Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo)**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

LEHFELD, Lucas de Souza; MENDONÇA, Marina Ribeiro Guimarães. Agricultura sustentável: agroecologia sob o enfoque da bioética. **Anais do II Congresso brasileiro de Direitos Coletivos e Cidadania**. Unaerp. 2015.v.I. Ribeirão Preto. Disponível em: <[www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/download/419/470](http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/download/419/470)>. Acesso em: 24 de março de 2015.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de risco e Estado. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato (Orgs); FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. V.III. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99623>> Acesso em: 17 de março de 2015.

LEITE, José Rubens Morato ; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do estado de direito ambiental. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Campinas: Millenium, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAO. **Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura**. Disponível em: <http://www.fao.org/family-farming-2014/pt/>. Acesso em: 17 de março de 2015.

MDA. Ministério do desenvolvimento agrário. 2014. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/secretaria/saf/assist%C3%A2ncia-t%C3%A9cnica-de-extens%C3%A3o-rural>. Acesso em: 22 de março de 2015.

MILARÉ, Édis; et.al. **Novo Código Florestal**, 2 ed.São Paulo. Revista dos Tribunais,2013.

MILARÉ, Édis. **Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente**. In: Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental. MARQUES, José Roberto (org.). Campinas: Millennium, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002, p. 18.

\_\_\_\_\_. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHARMANN, Fermin Roland. FREITAS, Edna Estelita Costa. Argumentos morais sobre inclusão/exclusão de idosos na atenção à saúde. **Revista de bioética**. 2013; 21 (2): 318-Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/822/910](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/822/910)>Acesso em: 17 de março de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Novo paradigma interpretativo para a Constituição brasileira: the Green Welfare State**. Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, Manaus, 2006. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_racion\\_democ\\_maria\\_c\\_tarrega\\_e\\_arnaldo\\_santos\\_netto.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_maria_c_tarrega_e_arnaldo_santos_netto.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

VIEIRA, Teresa Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: editora Jurídica Brasileira, 2003 pp.15-21. Disponível em: <[https://www.fanuf.ufg.br/up/128/o/O\\_QUE\\_E\\_BIOETICA.pdf](https://www.fanuf.ufg.br/up/128/o/O_QUE_E_BIOETICA.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2015.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid: Tecnos,1976.

VIEIRA, P. F; GUERRA, M. P. **Biodiversidade, biotecnologia & desenvolvimento**. Florianópolis: UFSC, 1995. Disponível em:< <http://aped.cfh.ufsc.br/capitulos-de-livros/>> Acesso em: 17 de março de 2015.

# A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO COM O DIREITO NA PREVENÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS E A GARANTIA DA CIDADANIA

Juliana F. Alvares Rodrigues<sup>1</sup>

Mariane Benetti do Nascimento<sup>2</sup>

Silvio Carlos Alvares<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

Na época da Grécia Antiga o ensino do direito era algo discutido em praça pública, não era tratado como exclusivo daqueles que estudavam o direito. Os grandes pensadores com sua boa oratória falavam do direito como quesito básico para se entender o comportamento humano, que mudava de acordo com a sociedade. O direito era interligado a arte, musica, poesia, filosofia, matemática, ou seja, ele era algo amplo, que para seu entendimento exigia-se uma reflexão intensa do todo, pois lidava-se com o ser humano e o desenvolvimento da sociedade.

Na época de Roma quando ainda não se existia as leis escritas, o direito era aplicado com base nos costumes da época. E quando surgiu as primeiras leis escritas estas também tiveram por base a problemática da sociedade de maneira profunda, vivenciando as dificuldades do povo. E assim é o direito algo que está em eterno movimento, avanço junto com a sociedade.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Bauru – Mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Bauru – Mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

<sup>3</sup> Professor Doutor da Graduação e Pós Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário de Bauru – Mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

Nos dias atuais essa visualização da mudança da sociedade está cada vez mais de maneira superficial e não profunda, não temos mais esse contato com o real problema. Dessa maneira pode-se refletir do porque as leis hoje na pratica não garantem nem protegem direitos, muitas vezes a lei se torna ineficaz.

A sociedade atual é composta de violência extrema, desrespeito, falta de comunicação, corrupção e imoralidade. A mesma está envolta em um apelo social pela paz e educação melhorada, desenvolvida. Tendo o objetivo de adquirir e renovar um pouco de esperança visando que as sociedades futuras sejam formadas por sentimentos e ações de repleta harmonia e conhecimento, bem como sapiência do que é correto e moral no curso da vida em sociedade.

Ao observarmos nossas crianças nas escolas ou em qualquer outro lugar diverso, notamos claramente o quanto a sua infância foi se deteriorando com o tempo, ficando evidente o círculo de convívio e aprendizagem com a família e meio em que vive. A evidência desse comportamento do infante fica emoldurado nos costumes da família, que muitas vezes possui em seu íntimo uma bagagem de relacionamento o uso e tráfico de drogas.

Evidente, que tais crianças não teriam desejo de serem criadas em um meio familiar dessa forma e não seria sequer aceitável tal situação. Não admitiriam viver num núcleo familiar em que o amor e o cuidado são relegados ao plano do nada. São também relegadas pela falta de atenção no campo educacional, intelectual e acima de tudo no emocional.

Tal situação premente do uso indiscriminado das drogas e do tráfico de entorpecentes, ao contrário do que se pensa, não é um problema típico de classe de baixa renda. Ao contrário, está se impregnando na classe média alta. A droga, seu comércio clandestino e uso indiscriminado, atinge a todos, independentemente de condição financeira ou social. O que difere é que aqueles que possuem rendas, condição econômica melhor, têm boas escolas e acima de tudo a família encobre tais atitudes, já que têm condições financeiras para isso.

Aliás, os pais de renda elevada, com seu suporte financeiro também têm suporte jurídico mais especializado, contratando bons profissionais do Direito. Grande parte da população de baixa renda,

aliás, desconhece os problemas jurídicos e penais que suas atitudes trazem.

Adquirir conhecimento jurídico desde a tenra idade, pode ser a solução para que se possa no futuro precaver e evitar a ignorância jurídica das consequências de determinadas atitudes, tendo uma população ordeira e cumpridora da ordem legal estabelecida.

Não se precisará corrigir o errado, já que terão noção plena do mesmo, evitando assim as práticas delituosas que escorrem consequências nas famílias e na vida social. Dessa forma, a prevenção é ainda a melhor solução para todos os problemas advindos da falta de conhecimento e educação jurídica de nossos infantes e adolescentes.

Quando a criança é introduzida na aprendizagem das leis, a quem pode recorrer ou qual a punição para a sua conduta, começam a ter real perspectiva de entender o certo e o errado e junto com esse aprendizado começam a criar noções e objetivos reais de um futuro diferente, sabendo que podem ingressar no curso superior, tendo uma profissão digna, trabalhar legalmente e constituir uma família desprovida de qualquer contato com a criminalidade.

O sentimento que mais se sobressai nessas crianças é o da raiva e assim acabam descontando em qualquer um que cruze o seu caminho, através de agressões verbais e físicas, tudo para conseguir chamar a atenção de alguém na sociedade, para o desprezo que a mesma impõe a eles.

A ideia para que amenize esse sentimento são medidas alternativas que busquem extinguir esse sentimento de mágoa e fazer com que tenham atitudes sadias, tais como ouvir música, dançar, praticar um esporte, tocar um instrumento entre outras coisas.

Torna-se muito interessante o ensinamento do direito para os menores e nesse diapasão a ideia que se coloca no presente é a consecução e efetivação da cidadania perante o ensino do Direito desde a infância e adolescência, ensinando acima de tudo o respeito e a tratar com dignidade o ser humano.

## 1 FAMÍLIA E A EDUCAÇÃO UM BEM PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Na Constituição Federal do Brasil, em seus artigos 205 a 214, há a abrangência sobre o direito à Educação, sendo este, então, dever inerente e irrenunciável do Estado. É notória a importância da educação para sociedade como um todo, no entanto, através de inúmeros fatos e acontecimentos atuais, culmina em uma falta integral de amparo estatal para que a família, atualmente, possua uma educação digna. No entanto, a sociedade, também tem um papel colaborador nesse meio. Não é porque a corrupção campeia em nossos órgãos estatais que se deva afastar a proteção à educação, à família, infante e adolescente, no sentido de melhorar a sociedade. Aliás, ao se agir de modo contrário, se tem um resultado muito mais lesivo na questão socioeducativa, caso não se tenha um plano adequado e efetivo de melhora da educação em prol do cidadão.

Prescreve no artigo 205 da Constituição Federal, o amparo dado pela lei brasileira na questão pertinente ao dever do desenvolvimento familiar:

**Art. 205** - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.<sup>4</sup>

Há também a garantia e proteção na Constituição Federal dos direitos sociais pelos quais a educação está incluída como quesito primordial. Assim, enuncia, com propriedade o artigo 6º da Carta Magna: “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.”<sup>5</sup>

Segundo Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano, na obra intitulada Curso de Direito Constitucional, levando-nos a uma reflexão sugerida que:

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>  
Acesso em: 10 de Outubro de 2015.

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>  
Acesso em: 10 de Outubro de 2015.

Vale lembrar, nessa linda de reflexão, que os direitos sociais, e os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais. [...] Nesse sentido, o art. 6º do texto constitucional, embora ainda de forma genérica, faz alusão expressa aos direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia[...]. (ARAÚJO; SERRANO, 2015 ,p.249).

A educação nada mais é do que um direito fundamental e social, onde se protege a dignidade da pessoa humana, inclusive, através do fomento da educação jurídica desde tenra idade.

Atualmente com o crescimento e o desenvolvimento do mundo, é muito comum possuir figuras de famílias que não são como eram descritas e impostas no passado. Nos dias atuais, há casos em que o pai e a mãe não convivem mais juntos.

Assim, é salutar a definição das espécies de família, na lição sempre presente da festejada doutrinadora Maria Berenice Dias:

A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos [...]. (DIAS, 2007,p.47).

A mesma autora também coloca, com maestria peculiar, uma nova concepção de família, assim a definindo:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2007, p. 45).

Infelizmente a perfeição não está presente na família, há um grande índice de violência, de maus tratos, de abuso sexual dentro

dos lares. Nesta toada, necessita-se da efetivação da Constituição Brasileira, com o intuito de proteger e amparar todos os necessitados que precisam de seus direitos respeitados e efetivados.<sup>6</sup>

Segundo Silvio Venosa em seu livro de Direito Civil sobre Direito de Família, o mesmo autor menciona que a proteção à família do artigo 226, é abrangente, sendo que mesmo que uma família seja constituída nos ditames tradicionais ou não, ela deve ser protegida. Discursa também sobre a importância e necessidade do reconhecimento familiar, sem que esteja fundado no casamento civil. (VENOSA, 2005)

Maria Helena Diniz em seu livro de Curso de Direito Civil Brasileiro, sobre Direito de Família, denomina de princípio de pluralismo familiar. Relata que deve se abranger tanto a família constituída por matrimônio quanto a família de entidades familiares. (DINIZ, 2005).

Na visão de Pietro Perlingieri é como se fosse a “fabrica” para criação da pessoa humana:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. (PERLINGIERI, 2002, p.243).

Para Silvio De Salva Venoza, essa família diante da Constituição nada mais é do que o início de sua formação pelo casamento o que tem como o resultado a educação de seus filhos, se tornando de extrema importância:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros

---

<sup>6</sup> As famílias de hoje são formadas por aqueles que convivem dentro do ambiente doméstico, muitas vezes sem ter parentesco algum.



legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. (VENOZA, 2005, p.50)

Logo se tem em vista de que a formação dessa família e sua estruturação é de suma importância para os novos cidadãos que serão educados para viver em sociedade, prevenindo a violência e o ingresso no mundo do crime, respeitando e preservando a sociedade atual bem como as futuras que dela advenham.<sup>7</sup>

A Constituição do Brasil tem a educação e a família como direitos fundamentais para a subsistência humana, onde são protegidos como cláusulas pétreas, portanto, imutáveis.

A importância desses direitos é relevante para a humanidade, gerando grande preocupação, se observando que família, educação e cultura, adentram dentro de diversas Constituições como algo primordial para a sociedade mais justa e equilibrada.

Na Constituição de Portugal, por exemplo, se pode observar em seu art. 73º o conceito de educação e cultura em que se prepara o indivíduo através desse meio à inclusão social. A mesma legislação constitucional também defende a ideia de que os pais têm o dever de educar seus filhos.<sup>8</sup>

Tendo-se em vista que o futuro da sociedade serão as crianças, é de suma importância que se tenha um cuidado com o seu processo de educação, pois senão a criminalidade que abrange drogas, violência, serão fatos que constituirão reflexos inexoráveis em suas vidas posteriormente.

Há quem defenda que é dever do Estado se preocupar com essa situação que o Brasil vem vivenciando hoje em dia. A falta da educação de qualidade desemboca na dificuldade que se consiga

---

<sup>7</sup> Muitas crianças hoje são deixadas nos orfanatos, então sua base familiar se não for adotada rapidamente, será a criação dos funcionários que trabalham no lar em que vivem.

<sup>8</sup> Disponível em:  
<<http://www.parlamento.pt/Legislação/Paginas/ConstituiçãoRepublicaPortuguesa.a>  
spx> Acesso em: 26 de outubro de 2015.

que as crianças e adolescentes possam ingressar em uma faculdade e garantir um futuro melhor.

É dever do Estado sim, disso não se pode discordar. É o Estado que precisa se preocupar e resolver os problemas de educação, uma vez que na Constituição se torna explícito esse dever.

No entanto, cabe aos cidadãos, na ausência das políticas públicas estatais, procurar criar meios e projetos que possam incluir essas crianças e jovens no mercado de trabalho para garantir um país melhor, que tenha como objetivo principal uma educação de qualidade.

## **2 O DESENVOLVIMENTO DO ENSINO DO DIREITO EM ESCOLAS PÚBLICAS DE ENSINO FUNDAMENTAL**

As condutas das crianças no mundo atual estão cada vez mais irracionais e com um descontrole emocional exagerados. A falta do que efetivamente é valioso na vida em sociedade e pessoal não está sendo transferida para a geração futura. A família hoje está preocupada por demasiado no que devemos ter e não devemos ser. Muitas vezes na periferia a realidade sobre família é muito deturpada, diferenciando-se aos contos de fadas ou das “propagandas de família perfeita de margarina”.

A família atual, em uma parcela da sociedade, vem sendo constituída por crianças abandonadas ou tendo na chefia o pai ou a mãe, e inclusive, em alguns casos, sendo as crianças criadas pelos avós ou em orfanatos. Pais muitas vezes traficantes, usuários de drogas e criminosos. Mães que, por sua vez, estão também na mesma situação que os pais e muitas delas se prostituindo na frente de seus filhos.

As condutas visualizadas por essas crianças acabam passando para elas uma noção equivocada de comportamento humano. Podem-se observar essas vertentes quando vemos que os alunos em escolas públicas, tendo por base pesquisa de campo na escola “E.E.P.G. Jacyra Motta Mendes”, da cidade de Piratininga-SP, lidam com todos os problemas pequenos ou grandes dentro de uma sala de aula, como agressões verbais e físicas.

O projeto colocado em prática por um ano como forma de pesquisa de campo faz o ensino das leis a estes pequenos cidadãos, na esperança de que ao atingirem a sua idade adulta façam a

distinção racionalmente do certo e o errado. Que voltem a ter o sentimento equilibrado das situações, bem como a compaixão ao próximo.

As crianças e adolescentes são espelhos da sociedade em que vivem, ao se observar o comportamento deles, logo se visualiza a problemática de um modo geral.

Ao se debater um pouco o pensamento sobre Educação, Rosseau, em sua obra Emílio, ou da Educação, o autor descreve que a educação é uma arte, por isso se torna quase impossível ter sucesso, já que para isso o necessário não depende de ninguém. Nesta mesma forma de pensar o autor conclui que o caminho a percorrer é nos aproximarmos do alvo, necessitando de sorte para atingi-lo. O educador enfatiza que nascemos capazes de aprender, mas sem saber e não conhecendo nada. Então somos fracos e precisamos de força, assistência, juízo e tudo o mais. Coisas que não possuímos quando nascemos e precisamos quando grandes, não é dado pela educação. Na sua opinião, temos dois tipos de educação, a dada pela natureza e a dos homens e coisas. Então a educação da natureza é a do nosso corpo, nossos órgãos e funcionamento. A educação de condutas é a do homem e da própria experiência é das coisas. (ROSSEAU, 1999, p.9, 44,8)

A ideia de Rosseau perante a educação e o ensinamento para um ser humano trata-se da capacidade do aprendizado, que consiste na arte de educar. Para o autor temos os aprendizados que nasceram conosco como respirar, bater o coração, o que o homem nos ensina que nada mais é que a conduta e costumes e o lidar com a vida que traz um aprendizado bom ou ruim.

A educação vinda das coisas, muitas vezes é a maior culpada de condutas irracionais.

Segundo o provérbio 22:6 da Bíblia Sagrada diz que “Eduque o jovem no caminho a seguir, e até á velhice ele não se desviará.” Por mais difícil que seja a convivência com certas famílias e condutas que as crianças aprendem em seus lares, quando se proporciona a oportunidade de ensinar leis, regras a se defenderem, a entenderem o que pode ou não fazer, se desemboca em uma transformação dessa criança em seu íntimo, trazendo progressos e conduta saudável dentro da sociedade, tornando-se cidadão.

Quando na escola a criança aprende com operadores do direito, pessoas que lidam com as questões jurídicas a todo tempo

ensinam que brigar ou “xingar” não é uma conduta correta, porque ao se perder a razão e lesionar alguém quando adultos com agressões ou “xingamentos”, irá ser preso ou o próprio Estado irá aplicar uma sanção ou multa, ela vai repensar sobre tal conduta descrita. Assim, se aplica o direito ao se explicar a conduta tida como ilegal e lesiva para a sociedade, mostrando que para cada ato tipificado como ilegal há uma consequência jurídica e processual.

Tudo começa com o que são leis e como elas funcionam? São duas indagações que ensinam uma discussão muito interessante para os pequeninos. Ora, porque algumas vezes lei é o que o juiz manda e outras vezes é o policial que prende, mais a importância maior é explicar que o juiz manda porque há regras para se seguir e que quando não cumpridas há uma sanção para que corrija o erro e aí que entra o policial executando a coerção da lei.

As crianças entendem o que é uma sanção ou uma lei, através de exemplos do cotidiano: a mãe pede para que a criança escove os dentes depois de comer, isso é uma lei. Quando desobedece ao que a mãe fala a pena é ficar com cárie nos dentes, então se perde algo com o desobedecer. Agora se escovar os dentes não terá cárie e se tem pontos positivos. É uma conduta certa que gera uma reação feliz, sem pena e sem dor.

De forma clara e usando sempre o cotidiano da vida dessas crianças pode se ensinar o direito e fazer com que eles se tornem cidadãos de bem.

E nós, operadores do direito, com esse convívio diário de ensinamentos básicos e de maneira bem simples, ensinamos para as crianças e adolescentes a importância da cidadania, dos direitos humanos e do respeito à lei. Em contrapartida, ganhamos em troca a vivência dessa realidade que nos cerca e que a muitas vezes estamos alienados a perceber e não nos dispomos a ajudar.

O trabalho do operador do direito não é só ficar atrás de uma mesa, fazendo a lei ser aplicada nos atos ilícitos cometidos pelos cidadãos e sim chegar aonde está a problemática e como podemos resolvê-la.

## 2.1 PREVENÇÃO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES AO USO E TRÁFICO DAS DROGAS

O objetivo da prevenção das drogas é algo muito importante principalmente para crianças e adolescentes que crescem nesse meio. A prevenção consiste em ensinar a eles os perigos e o vício causado pelas drogas, o perigo do tráfico entre outros delitos cometidos para se financiar o uso delas. A prevenção de crianças e adolescentes na escola faz com que previna e ajude seus pais. O usuário de drogas além de ser dependente dela a ponto de não ser perceptível o risco que ela ocasiona é um doente, e devemos tratar essa doença.

A educação que transforma crianças pode transformar sua família inteira. Uma pessoa quando faz um ato diferente, porém saudável, acaba contagiando os demais membros que estão ao seu redor. Exemplo disso foi de uma criança que participava do projeto de ensinamentos de leis na escola em que ao entender que o palavrão era algo que ofendia a integridade de outra pessoa corrigiu o seu pai diante dos seus amigos. A vergonha foi tamanha que o pai começou a se precaver de não dizer palavras tão pesadas na frente dos outros, principalmente de seu filho.

Segundo Içami Tiba em seu livro “Adolescentes quem ama educa”, descreve bem esse relacionamento familiar:

O ser humano vive em dois mundos em constante interação: mundo interno e mundo externo. O mundo interno é tudo o que está dentro dele e é constituído por um tripé formado pelo o que ele pensa (área mente), sente (área corpo) e percebe do ambiente ao seu redor (área percepção do ambiente). O mundo externo é tudo o que ele percebe e com que se relaciona, mas está fora dele, formado por outro tripé, que são os relacionamentos (familiares e sociais), atividades (escola e trabalho) e seu ecossistema (território e pertences). (TIBA, 2005 , p.59)

O ser humano é diferente dos animais por possuir os dons da “mente” para raciocinar e agir e, quando essa área não funciona direito, há uma simples explicação dada pelo autor:

A maioria dos nossos conflitos, traumas, problemas de relacionamento interpessoais tem origem na área mente. Educação, aprendizado, espiritualização, comprometimento, disciplina, ética, gratidão e

cidadania fazem parte também da nossa área mente. (TIBA, 2005, p.61)

A real forma de entender um pouco da educação da transformação é entrar nessa área da mente e refletir que tudo que a criança ou adolescente aprende se encaixa e fixa nessa área. Isso acontece porque tem seu próprio raciocínio, ele não age por instinto como um animal, ele age conforme seus ideais.

Então se deve trabalhar nesse ponto, área mente - raciocínio, valores, ética e leis. Um ponto muito importante de se ressaltar são as drogas. Como trabalhar com eles com essa questão se, na maioria das vezes, o que sustenta a casa é o próprio tráfico. Essas crianças e adolescentes crescem em um mundo perigoso e muitos já se tornam usuários de drogas ainda tão pequeninos. Em primeiro lugar se trata com a prevenção, com os pais e filhos das Drogas.

Segundo Içami Tiba em seu livro “Juventude e Drogas: Anjos caídos”, a prevenção deve ser ensinada e exercida:

A prevenção tem de mostrar a diferença entre o que é gostoso e o que é bom. Nem sempre o gostoso é bom, como o uso de drogas. O gostoso pode ser ruim, como no caso do diabético que come um doce bastante açucarado. Nem sempre o desagradável é ruim. Ninguém gosta de tomar injeção de antibiótico, mas se não houver outra saída, a pessoa sofre a desagradável sensação de ser espetada por uma agulha, pois sabe que o antibiótico é para o seu bem. (TIBA, 2007, p.252).

O que se indaga é que há de se diferenciar o que é gostoso, mas, lesivo para a pessoa. Então se inicia essa conscientização não somente para as crianças ou adolescentes, mas sim para a família em questão.

A problemática maior é como trazer a família para um encontro com seus filhos e discutir sobre drogas. A ideia do projeto do ensino basilar jurídico aos infantes é que, pelo menos uma vez por mês, seja realizada uma confraternização entre as crianças e os pais, onde se dividem os mesmos em grupos e esses grupos cada mês terão que trazer um meio efetivo de prevenção do uso da droga. E, assim, de uma maneira descontraída e divertida, se conversa sobre

as drogas e como preveni-las, fazendo com que os pais procurem meios para preveni-las dentro de casa; se trabalha assim, a conscientização desse problema.

O autor supracitado enumera caminhos conhecidos para fundamentar essa restrição às drogas, ao se incluir então esses caminhos tanto para os filhos quanto para os pais.

Um resumo sucinto sobre os caminhos percorridos:

Temos o do medo, onde a definição está em não se aproximar das drogas por medo delas. Caminho da informação científica, quanto mais a pessoa sabe sobre drogas, mas discernimento ela terá para usar ou não. Da legalidade, não se deve usar por ser ilegal, mas até o próprio autor diz que devemos analisar bem esse caminho, pois temos muitas drogas que são legais e lesivas. Do princípio da moral, onde a droga fere os princípios éticos. Do maior controle da vida dos jovens, mais vigiados pelos pais e professores, onde dificultaria a aproximação das drogas. Do afeto, esse é o mais bonito e podemos dizer que o principal, onde tem mais amor, não se tem necessidade de drogas. Caminho da autoestima; quem tem autoestima, não engole qualquer porcaria, é isso mesmo quem se ama, não tem tempo para drogas. Caminho do esporte, quem pratica esporte geralmente não usa drogas. (TIBA, 2007)

Caminho da Integração Relacional, aqui se valoriza a disciplina, a gratidão, a religiosidade, ética e cidadania. (TIBA, 2007)<sup>9</sup>

Esses caminhos, citados pelo autor referido, tem-se destacado pela forma em que se apresenta aos jovens bem como os resultados esperados. Já que se iniciou no assunto Família, é de suma importância, destacar a família para as crianças e adolescentes, já que, certamente, a maioria tem problemas em casa, de cunho familiar.

E para ajuda-los tem que os deixar o mais próximo possível de sua realidade e responsabiliza-los da importância que é a formação da própria família deles.

O homem é um ser dotado de escolhas e cabe a cada um seguir a sua.

O futuro cabe a cada um. Os pais são o espelho de seus filhos, mas seus filhos devem ser melhores que os seus pais. Quando

<sup>9</sup> Livro do autor Içami Tiba "Juventude e Droga anjos caídos", 2007.

se trata de pais incluem-se aqueles que cuidam das crianças, independente se homem ou mulher, ou avô ou avó, tios e padrinhos, pois o significado de pais abrange as pessoas que possuem a responsabilidade de cuidar e educar as crianças e jovens.

Em outro livro do próprio autor Içami Tiba, chamado “Família de Alta Performance”, se percebe a importância de ter cidadania, sendo que o autor ressalta o porque dessa família que deve ter esse ícone como introdução de bem-estar:

Cidadania é qualidade que o cidadão constrói dentro de si [...] As cidadanias familiar e social são complementares e muito importantes. Os efeitos da familiar são sentidos imediatamente e estão mais ligados às atitudes dos familiares. Mas as consequências da falta da cidadania social nem sempre são percebidos na hora, pois o retorno poderá se dar a longo prazo. Hoje pagamos o que levamos muito tempo para construir na nossa grande morada. (TIBA, 2012, p.252)

Condutas cidadãs hoje fazem o melhor no futuro. Para ensinar é preciso se doar, e, nada melhor que se doar mesmo não sendo professor para pessoas no seu cotidiano que carecem de informação correta.

Deve-se ter em primeiro lugar o respeito ao cidadão qualquer que seja ele; rico ou pobre todos estão sujeitos ao erro. Se uma pessoa falta com o respeito à outra automaticamente ela falta com a ética.

Para introduzir o direito em escolas públicas ou em particulares em que o público objetivado são crianças e adolescentes, deve se pesquisar o que é necessário para elas; realizar um questionamento com a diretora e as professoras, com o intuito de descobrir qual é o problema maior na família dos mesmos. A pesquisa de campo é a maior aliada para a solução de um problema, porque é daí que surge o aprender o direito, como solução aos problemas evidenciados em sua vida.

O mais importante é que o operador do direito tem que entender que ao ensinar o direito as crianças e adolescentes não caminha a frente deles e sim ao lado, pois da mesma forma que se ensina também aprende com eles, afinal quer luta maior que sobreviver em um ambiente hostil socialmente e pessoalmente?



Esse projeto primeiramente é voltado para crianças entre 07 a 14 anos de idade, que estão inseridas no Ensino Fundamental, uma vez que o ensino médio já é o preparo para se ingressar no ensino superior ficando com uma grade de disciplinas obrigatórias mais longa. Com o intuito de não prejudicar o rendimento para o vestibular que a ideia do projeto é voltada para o ensino fundamental.

A pesquisa de campo para se verificar com o ensino do direito se há melhorias no comportamento de crianças e adolescentes foi feito no ano de 2014, durante um semestre, infelizmente, apenas na “E.M.P.G. Jacyra Motta Mendes”, escola de ensino fundamental da cidade de Piratininga-SP. Os resultados obtidos foram plenamente satisfatórios.

Fazer a prevenção das drogas é o mais importante de todos os atos para se diminuir a criminalidade em um país, pois pessoas conscientizadas sobre os riscos que podem ocorrer com o uso dessas substâncias podem escolher melhor suas atitudes. Assim com uma política de criminalidade tem-se a certeza da diminuição da violência no país.

A partir desse ponto pode-se discutir sobre a legalização da maconha, o aborto, eutanásia e outros temas polêmicos e de difícil decisão, uma vez que hoje só uma parte da sociedade tem amparo e conhecimento legal para se discutir se esses casos acrescentam melhorias no país ou só prejudicam.

### CONCLUSÃO

Não se pode negar que cidadania tem como alicerce a efetiva educação. O homem que tem uma instrução de qualidade transforma-se no que quiser e terá consequentemente sucesso em sua vida profissional, pessoal e familiar.

Não se pode olvidar também que a família é o alicerce fundamental da consecução do caráter de cada indivíduo. Família bem postada com conceitos éticos e de cidadania influem no caráter futuro da criança e do adolescente.

Hoje, com uma educação falha, em um sistema educacional calcado na falta da qualidade, não se pode exigir crianças e adolescentes conscientes e dotados de discernimento próprio dirigido à consecução do bem comum.

A violência é resultado direto de famílias desestruturadas, de uma sociedade totalmente alheia ao problema e um Estado inoperante em relação às políticas públicas educacionais, muito mais preocupado com os escândalos de corrupção, com a manutenção do poder e principalmente com as questões econômicas que levam os governantes a patamares mínimos de credibilidade e de satisfação junto às pesquisas de opinião pública.

A educação foi relegada a plano secundário. A mesma não traz divisas financeiras ao governo e tampouco traz dividendos. Crianças não votam e acima de tudo, a maioria dos pais sendo analfabetos ou perto disso são facilmente manipuláveis e aqueles que querem se perpetuam no poder pela prática do coronelismo e de assistencialismo pueril.

A aprendizagem de noções do Direito seria uma das formas de minimizar esse grande abismo existente na sociedade brasileira. A criança e o adolescente já teriam desde tenra idade as noções de cidadania, direitos e deveres. Assim, teríamos uma sociedade informada, quanto a tais bens humanos, muito mais propensa à procura do bem e da harmonia e paz social.

Conclui-se, portanto, que o ensinamento jurídico aos infantes e adolescentes é de suma importância para a criação de cidadãos responsáveis, de caráter e direcionados a condutas que possam levar a sociedade ao progresso, à paz e harmonia social, pilares de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David de; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

Bíblia, Sagrada. Edição Pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990. Proverbios 22, v.6.

BRASIL, (País). Presidência da República Casa Civil Subchefia para assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Brasil, 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de Outubro de 2015.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. V, Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTUGAL, (País). Assembleia da República. Constituição da República Portuguesa. **VII Revisão Constitucional**. Portugal, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 26 de Outubro de 2015.

RAMOS, Roberto Carlos. **A Arte de Construir Cidadãos: As 15 lições da Pedagogia do Amor**. Pirapozinho SP. Celebris, 2004.

RAMOS, Roberto Carlos. **Trajetória**. Ibirité, SD. Disponível em: <<http://www.robertocarloscontahistoria.com/roberto.asp>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou Da educação**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TIBA, Içami. **Adolescentes Quem Ama Educa**. 3º. ed. São Paulo: Integrare, 2005.

TIBA, Içami. **Família de Alta Performance**. 12º ed. São Paulo: Integrare, 2009.

TIBA, Içami. **Juventude e Drogas Anjos Caídos**. São Paulo: Integrare, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

# POLÍTICAS PÚBLICAS PRISIONAIS E OS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Samyle Regina Matos Oliveira <sup>1</sup>

Vladimir Brega Filho <sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Verifica-se um crescimento vertical e horizontal de políticas públicas prisionais no Brasil e no mundo, porém examinar uma política pública não é fácil, pois nem sempre é possível determinar seu impacto, identificar que efeitos teve sobre o problema que se tinha proposto resolver, bem como quais as consequências diretas e indiretas decorrentes dessas políticas.

No caso ainda mais específico de políticas públicas prisionais fica o desafio de estabelecer conexões com a garantia dos direitos humanos. Pensar em políticas públicas que se baseiem nos direitos

---

<sup>1</sup> Advogada, Conciliadora da Justiça Federal, professora, mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais da Universidade Estadual do Norte do Paraná, graduada em Direito pela Universidade Tiradentes, no Estado de Sergipe. Tem experiência em projetos de pesquisas sobre o sistema penitenciário brasileiro, bem como nas áreas de políticas públicas e controles democráticos, política criminal e penitenciária e direitos humanos, sendo que grande parte das pesquisas realizadas foram fomentadas pelo CNPq e pela FAPITEC, com apoio institucional do Instituto de Tecnologia e Pesquisa - ITP e do Núcleo de Pesquisa e Pós-graduação em Direitos da UNIT e do Núcleo de Pesquisa sobre Violência e Desastres (NUPEVID). E-mail: samyleregina@hotmail.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e pos doutorado pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, efetividade, igualdade e formas alternativas de solução dos conflitos penais.

humanos e se realizem de forma efetiva, remete automaticamente a incorporação de princípios de dignidade humana, de prestação de contas, do empoderamento e participação, da transparência e da não discriminação. Tais princípios podem contribuir para a elaboração de um desenho de políticas mais ajustado às demandas reais dos titulares de direito, de forma que haja maior poder emancipatório, com um controle social mais efetivo, e que além do poder público, outros atores sociais participem ativamente do debate.

Nesse sentido, a proposta do presente trabalho, realizado por meio do método de revisão bibliográfica, é identificar o papel do Estado Democrático de Direito na elaboração e execução das políticas criminais e penitenciárias, bem como estabelecer conexões entre as políticas públicas prisionais e os direitos humanos.

Com efeito, para realizar tal intento é preciso estudar a concepção clássica de eficácia jurídica, demonstrando, a relação paradoxal entre o que está positivado e o que ainda falta ser construído em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos (SARLET, 2011). A partir disso, destacar o papel do Estado Democrático de Direito no alcance dos direitos sociais constitucionais, levando em consideração os limites da reserva do possível.

Nesse sentido, os problemas que norteiam o presente estudo são: 1) quais são os limites encontrados pelo Estado Democrático de Direito no processo elaboração e execução do das políticas criminais e penitenciárias? 2) quais as consequências sociais em razão da inexecução das políticas públicas prisionais?

Ademais, o levantamento bibliográfico realizado, bem como os dados analisados nos sites governamentais, permitiram inferir que muito embora haja previsão legal e infra legal para aplicação dos direitos humanos no sistema penal, o desinteresse do Estado, somado a ausência de cobrança social inviabilizam as transformações no sistema, sendo que, por outro lado, continuam a promover o empoderamento dos grupos criminosos que ganham espaço na comunidade prisional ante as lacunas deixadas pelo Estado.

## 1 O PAPEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA PRISIONAL

O peso financeiro do encarceramento em massa como política de “luta contra a pobreza” (WACQUANT, 2011, p.96) mostra-se exorbitante em razão do aumento contínuo e do envelhecimento acelerado da população carcerária, o que faz com que seja necessário realizar uma reflexão acerca do papel do Estado Democrático de Direito na elaboração das políticas públicas prisionais.

Nesse contexto, Wacquant propõe em “*As prisões da miséria*”, uma virada punitiva da política pública, aplicando-se tanto aos programas sociais para os pobres quanto à justiça criminal. Este projeto proposto envolve a *reorganização* e a *realocação* do Estado e surge em decorrência da análise da passagem do Estado Providência ao Estado Penitência, com base nas realidades norte-americanas e nas possibilidades europeias (WACQUANT, 2011, p. 175-176).

Com efeito, a realidade do sistema prisional brasileiro não está isenta do discurso ideológico conservador que atingiu a Europa e disseminou a ideia de que as classes pobres, especialmente os jovens e os estrangeiros, eram agentes causadores da violência e dos distúrbios urbanos ocorridos em cidades chave da Europa, principalmente Londres e Paris; aponta esse discurso como sustentáculo de políticas públicas que visam a transformação do Estado Providência em um Estado Penitência (WACQUANT, 2011).

Sabe-se, contudo, que no Brasil, foi aprovado o chamado Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias. Entretanto, o referido Plano, aprovado na 372ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), em 26 de abril de 2011, não foi colocado em prática até os dias atuais. Isso significa dizer que há sérios problemas no que tange a execução das políticas criminais e penitenciárias que são elaboradas e não são executadas no Brasil.

Ao analisar o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é possível enxergar a importância da adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais, sendo esta uma das formas de se verificar os direitos humanos enquanto práticas sociais (PIOVESAN, 2011).

Além disso, é importante frisar que a implementação de uma política pública requer capacidades e habilidades específicas por

parte das organizações da sociedade civil, que variam conforme as diferentes etapas do ciclo da Política Pública, entre as quais merecem destaque (Vázquez; Delaplace, 2011) a capacidade organizacional, habilidades técnicas, habilidades políticas e a legitimidade social.

Nesse sentido, dentre os objetivos a serem alcançados pelo PNPCP, pode-se destacar: a redução das taxas de encarceramento, o combate à seletividade penal, a busca por menos justiça criminal e mais justiça social, além de priorizar o incremento da justiça restaurativa, das penas alternativas à prisão, bem como o fortalecimento do Estado na gestão do sistema penal.

Percebe-se, portanto, que objetivo do PNPCP é implantar uma verdadeira política criminal.

Escreve Heleno Claudio Fragoso que:

Política Criminal é hoje a denominação empregada pela ONU para designar o critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes a mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade. A Política criminal é parte da política social, devendo estar integrada nos planos nacionais de desenvolvimento (FRAGOSO, 2003, p. 24).

A função primordial das políticas públicas criminais e penitenciárias é garantir a inserção social e, por conseguinte, a proteção ao princípio da dignidade humana e ampliar a defesa dos Direitos Humanos.

Sobre isso, Capez diz que:

[...] a dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático (CAPEZ, 2005, p. 9).

É preciso tratar da transversalidade das políticas públicas, vez que a política criminal exige uma ação integrada entre todas as esferas governamentais, afinal já a muito tempo Heleno Claudio

Fragoso escrevia que “o crime está em função da estrutura social, que não se modifica através do Direito Penal” (FRAGOSO, 2003, p. 24).

No mesmo sentido é o pensamento de Miguel Reali Junior ao escrever que

A Política Criminal coloca-se, destarte, acima do Direito Penal, para com base em dados da realidade propor uma estratégia fundada em eleições valorativas, para com visão crítica e prática, propor caminhos de redução da criminalidade, penais e extrapenais (REALE JUNIOR, 2002, p. 72).

No entanto, diante da reconhecida insuficiência dos recursos públicos frente a direitos sociais que demandam prestações positivas do Estado, discute-se o problema da garantia absoluta destes direitos pelo Poder Judiciário que, ao se voltar para a microjustiça do caso concreto sem quaisquer considerações orçamentárias, acaba por perder de vista a macrojustiça, "dada pela possibilidade de aplicar a mesma regra jurídica construída para o caso concreto a todos os demais que se assemelham (AMARAL. 2001, p. 17-18).

Como ressalta Gustavo Amaral (2001), se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? “o Direito pode fornecer alguma resposta para situações em que haja escassez de recurso?”(AMARAL, 2001, p.01) como escolher a quem atender ou a quem não atender, num cenário de falta de meios" ? (AMARAL, 2001, p.01).

Ao procurar respostas a essas questões, é possível identificar o paradoxo existente na penalidade neoliberal, qual seja: pretende enaltecer o excesso de policiamento e cárcere, em detrimento do Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo mundo (WACQUANT, 2011, p.9)

Nesse contexto, a ideologia neoliberal reafirma a onipotência do Leviatã para o aumento e reforço de suas missões em matéria de “segurança”, subitamente relegada à dimensão criminal. Entretanto, nesse processo, diminuem as prerrogativas sociais e econômicas do Estado (WACQUANT, 2011, p.9). Para Loïc Wacquant:



Desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres* (WACQUANT, 2011, p.9).

Assim, estabelecer ações integradas no campo da segurança pública sem que o sistema prisional, receptor dos resultados de ações policiais ou judiciais, dominado em alguns estados pelo crime organizado, esteja contemplado, significa limitar as possibilidades de atuação coordenada, tanto de forma vertical quanto horizontal (CARVALHO, 2011).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, não há como pensar e trabalhar as questões relacionadas à situação prisional de forma deslocada dessa realidade, tendo em vista que as ações, voltadas para o enfrentamento da violência e da criminalidade, ao culminarem com a prisão, impõem a questão do cumprimento da pena na lógica estrutural do sistema de segurança pública (CARVALHO, 2011).

#### Nas palavras de Adorno

As políticas públicas de segurança, justiça e penitenciárias não têm contido o crescimento dos crimes, das graves violações dos direitos humanos e da violência em geral. A despeito das pressões sociais e das mudanças estimuladas por investimentos promovidos pelos governos estaduais e federal, em recursos materiais e humanos e na renovação das diretrizes institucionais que orientam as agências responsáveis pelo controle da ordem pública, os resultados ainda parecem tímidos e pouco visíveis (ADORNO, 2002, p. 8).

Enfim, embora o Brasil ainda não esteja estruturalmente preparado para modificar por completo o sistema carcerário, vem elaborando algumas políticas públicas subsidiárias a tal sistema. Essas políticas são reflexos das necessidades diagnosticadas e dos problemas endêmicos que assolam o referido sistema. Porém, o maior problema está nos compromissos assumidos e esquecidos, o que demonstra uma necessidade veemente estabelecer conexões entre efetivação das políticas públicas e dos direitos humanos.

## 2 CONEXÕES ENTRE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL

Nos debates entre direitos humanos e a política criminal, a aceitação do discurso jurídico-penal, pelos juristas, no limitado âmbito do seu órgão judiciário, produz efeitos reais, embora seja falso o discurso. “Tais efeitos reais são as reações favoráveis dos órgãos judiciais (em reduzida e flexível medida) em relação aos direitos humanos”. (ZAFFARONI, 1989, p.30).

Segundo Zaffaroni, a crítica não conjuntural ao sistema penal é percebida, portanto, como uma ameaça aos direitos humanos (...)

[...] no âmbito do órgão judicial e, diante disso, preocupados com necessidades mais urgentes, prefere-se ignorá-la, colocá-la entre parênteses, deixá-la em suspenso, atribuí-la a circunstâncias conjunturais (o que é uma “impotência-onipotência” que outorga ao discurso jurídico-penal um mero valor instrumental (ZAFFARONI, 1989, p.30).

As incongruências entre os discursos e aquilo que realmente é feito, alimenta os estudiosos a pensarem em uma nova figura do Estado Democrático de Direito, que dê ênfase a aplicação do direito penal mínimo e da justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo) (STRECK, 1999, p. 115).

Essa nova figura do Estado Democrático de Direito não está dissociada e uma reconfiguração do papel da sociedade, o que significa dizer, em outras palavras, que a execução do que está positivado ou do compromisso assumido em matéria de políticas criminais e penitenciárias, dependerá tanto do Estado quanto da sociedade.

A propósito, a Lei de Execuções Penais, instituiu como política criminal a participação da sociedade na execução da pena. Para tanto, instituiu o Conselho Penitenciário, composto por professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade (art. 68, § 1º da LEP) e também obrigou a criação, em cada comarca, do Conselho da Comunidade, composto por o mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado, um Defensor Público e um assistente social (art. 80 da LEP).

Essa participação popular, contudo, especialmente nas Comarcas, não foi incentivada pelos municípios. São raras as comarcas com um Conselho Comunitário atuante, ou ainda, um conselho preocupado com a ressocialização. Na maioria das vezes, o Conselho Comunitário, ao contrário de seguir os princípios previstos na legislação que o criou, atua de forma inversa, pressionando os agentes públicos por punições severas e o afastamento do criminoso da sociedade.

Merece destaque, ainda o envolvimento da sociedade civil por meio dos chamados Conselhos de Comunidade. Estipulado pelo Artigo 4ª da Lei de Execução Penal-LEP, em que a comunidade deve cooperar nas atividades de execução da pena e da medida de segurança, esse conselho tem função assistencialista, visto que tem como um dos objetivos fornecer subsídios para a humanização das penas e para a assistência aos presos, ao fazer com o que o detento não se sinta à margem da sociedade.

Com fulcro no artigo 80 da LEP, dispõe-se que:

Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

A LEP prevê, ainda, em seu artigo 81, quais os deveres do conselho, tais como visitar os estabelecimentos penais, ao menos uma vez por mês; entrevistar os presos; apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Com isso, o que se percebe é que já há uma movimentação da sociedade em prol da humanização das penas. Pois já se tem percebido que o contato da sociedade com o preso é de fundamental importância para a efetiva ressocialização.

Percebe-se, portanto, que a ínsita participação popular na gestão da pena nas Comarcas, acaba não seguindo as políticas públicas estabelecidas pelo Estado.

Como ensina Bucci, toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular.

(...) funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização. (BUCCI, 2011, p.13).

Conforme dados divulgados para a imprensa em 05 de junho de 2014 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a atual população carcerária brasileira já chega a 715.655 presos, incluídos aí 147.937 sentenciados que estão cumprindo pena em prisão domiciliar. Ainda conforme o CNJ, segundo cálculos do Centro Internacional de Estudos Prisionais, do *King's College*, de Londres (ICPS), em números absolutos, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo. Quanto ao número de presos por habitante, o Brasil tem 274 apenados por 100 mil habitantes. (CARNEIRO, 2014).

A convite do governo brasileiro, integrantes do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária das Nações Unidas (GTDA/ONU) visitaram alguns presídios brasileiros no período de 18 a 28 de março de 2013 e constataram que um grande problema que contribui para a superlotação dos presídios é a escassez de defensores públicos que prejudica o acompanhamento dos processos dos detentos (CNJ, 2014).

Neste diapasão, cumpre salientar que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, contempla desde 2011 na medida número 7 (sete), a implementação da Defensoria Pública plena, porém esta medida não foi executada.

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, LXXIV e 134 traz a função da Defensoria Pública<sup>3</sup>, qual seja: “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

No Brasil, existe um déficit total de 10.578 Defensores Públicos<sup>4</sup>. Na grande maioria das comarcas brasileiras, a população conta apenas com o estado-juiz e com o estado-acusação, mas não conta com o estado-defensor<sup>5</sup>, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular (IPEA, 2013).

Vale aqui o alerta de Miguel Reale Junior que escreve:

Desse modo, de um lado seguindo a máxima de que não há melhor política criminal do que uma boa política social, deve buscar-se, por meio de uma Política Criminal, promover a dignidade da pessoa humana com propostas de vida digna *a começar pelo acesso a Justiça* (2002, p. 72- sem grifo no original).

<sup>3</sup> De acordo com Shecaira (2007), do ponto de vista econômico, a contratação de novos Defensores Públicos é de longe mais vantajosa para o Estado, considerando que ainda que a atividade mensal de um defensor resulte na soltura de apenas cinco presos, seu salário estará pago, isso porque um preso custa para o Estado cerca de R\$ 1.000/mês, menos do que um quinto do salário de um defensor.

<sup>4</sup> O Mapa da Defensoria Pública no Brasil (IPEA,2013) informou que os únicos estados que não apresentam déficit de defensores públicos, considerando o número de cargos providos, são Distrito Federal e Roraima; os que possuem déficit de até 100 Defensores Públicos são Acre, Tocantins, Amapá, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Sergipe. De acordo com o Ipea (2003), os estados com maiores déficits em números absolutos são São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834).

<sup>5</sup> Os estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (IPEA,2013).

Boaventura (2011) lembra que cabe aos defensores aplicar os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e reconhecimento dos direitos têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes.

Este exemplo particular é reflexo da discordância entre o compromisso assumido pelo Estado por meio de um Plano e sua execução. É preciso diminuir o espaço entre promessas e medidas efetivas de transformação social.

Em razão disso, faz-se necessário apontar os limites encontrados pelo Estado para ampliar tanto a defesa dos direitos fundamentais – reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado – como também dos direitos humanos – previstos em documentos de direito internacional (SARLET, 2006).

Sob essa perspectiva discursiva, o Judiciário transforma-se no guardião de promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais e passa a ter como função institucional a recuperação da democracia.

Para o Antoine Garapon

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

Segundo Maria Lúcia Karam (1993, p.177) existe um paradoxo entre a ideia de ressocialização (as promessas) e a segregação do condenado (a realidade), alertando para a inviabilidade das teorias relativas a prevenção especial em um sistema repressivo, que faz da prisão o seu centro. Para Karam (1993, p.177), a ideia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir, é absolutamente incompatível com o fato da segregação, pois não há como reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela.

A pena deixa de atender o chamado princípio da utilidade social, já que não atende mais os seus objetivos relacionados à

repressão e prevenção da criminalidade, vez que para Rene Ariel Dotti, “o Direito Penal é uma ciência de meios e fins” (DOTII, 2004, p. 70). O mesmo autor traz a colação o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inserida na Constituição francesa de 1793 que proclamava: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias; as penas deve ser proporcionais ao delito e *úteis à sociedade*” (DOTII, 2004, p. 70, grifo no original).

Mais do que não promover a ressocialização, a prisão é formadora de criminosos, como ficou bem delineado no brilhante trabalho de Camila Dias (2013), cujo resultado sinalizou para o fato de que as prisões brasileiras, com todas as suas mazelas, favoreceram a emergência de grupos como o Comando Vermelho e o PCC, assim como a sua permanência ao longo do tempo.

De acordo com Camila Dias (2013), a longeva precariedade material e humana que impera nas prisões brasileiras, a persistente negação por parte do Estado dos direitos dos presos, já descritos na Lei de Execução Penal (de 1984), as falhas em todo o circuito de funcionamento das instituições do sistema de justiça criminal que lastreiam esses déficits, favorecem o empoderamento de grupos organizados.

Diante dessas falhas, os grupos organizados de criminosos se colocam como defensores da massa carcerária, provendo inclusive as necessidades materiais dos presos e ainda se colocando como interlocutores frente às autoridades (DIAS, 2013).

Para chegar a essas conclusões Camila Dias (2013), recorreu aos autores, nacionais e internacionais, relevantes que integram o campo do debate sobre a criminalidade, desde autores como (Sykes, 1974; Goffman, 1974; Clemmer, 1958, entre outros) até a construção argumentativa de algumas contribuições de Norbert Elias (1993).

Essas reflexões e análises críticas possibilitam afirmar que não basta olhar para prisão para compreender a sua complexidade, pois o sistema prisional tal qual está concebido é um sistema criminógeno, sendo o próprio Estado o gerador da economia do delinquente. Isso só vai começar a mudar a partir do momento em que os compromissos assumidos pelo Estado de implementar políticas públicas prisionais e ampliar a defesa dos direitos humanos, começarem a ser cumpridos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o cárcere é um fenômeno global, a importância de discutir suas origens, bem como os meios alternativos de punição condizentes com os direitos humanos, torna-se algo cada vez mais indispensável.

É sob essa ótica que as políticas públicas prisionais estão sendo difundidas. Contudo, diante da ausência de cumprimento das políticas criminais e penitenciárias criadas ao longo dos últimos anos, urge a necessidade de compreender as razões pela quais o Estado não executa as políticas públicas criadas.

O desrespeito do Estado aos direitos humanos dos reclusos, a ausência de políticas públicas eficientes de acolhimento, orientação e encaminhamento ao mercado de trabalho lícito, dificultam/impedem que os mesmos passem a retomar suas vidas longe de situações que perpetuem seu processo de criminalização.

Desse modo, o Direito Penal muitas vezes é utilizado como único instrumento para a redução da criminalidade, não se executando uma verdadeira Política Criminal com foco na dignidade da pessoa humana e que passe, necessariamente, também pela promoção dos direitos humanos como um todo.

Por fim, infere-se a partir da análise proposta neste trabalho que muito embora haja previsão constitucional e infra legal para aplicação dos direitos humanos no sistema penal, o desinteresse do Estado, somado a ausência de cobrança social não só inviabilizam as transformações no sistema como também promovem o empoderamento dos grupos criminosos que ganham espaço na comunidade prisional ante as lacunas deixadas pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, S. **A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea**. 282 p. Tese (apresentada como exigência parcial para o Concurso de Livre-Docência em Ciências Humanas) - Departamento de Sociologia, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1996.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli.



**Direitos humanos e políticas públicas.** São Paulo, Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2)

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte geral. (v.1), 9. ed. (rev. e atual.) São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO, Luiz Cristiano. **População carcerária no país chega a 715 mil, contando prisões domiciliares.** Jornal do Brasil. (05/06/2014). Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2014/06/05/populacao-carceraria-no-pais-chega-a-715-mil-contando-prisoas-domiciliares/>> Acesso em 05 jun. 2014.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios.** Rev. katálysis, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, June 2011. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802011000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000100007&lng=en&nrm=iso)>. access on 02 Nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **ONU aponta a falta de defensores públicos entre as causas da superpopulação carcerária no Brasil.** (20/01/2014). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27389-onu-aponta-a-falta-de-defensores-publicos-entre-as-causas-da-superpopulacao-carceraria-no-brasil>> Acesso em 04 jun.2014.

DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos sociais:** desafios do ius commune sul-americano. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 3(2): 206- 226 julho-dezembro 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** n. 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.8, n.14, jun., p.35-66, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. trad. André Telles. 2 ed. r. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

# POSFÁCIO

Quando recebi o convite do Professor Lafayette Pozzoli para participar de um Encontro Jurídico na cidade de Lisboa, em Portugal, no ano de 2016, senti-me bastante honrado. Esse sentimento acentuou-se mais ainda à medida em que os trabalhos foram sendo apresentados pelos seus autores. Temas momentosos, pesquisas criteriosas, debates magistras.

Esse foi o VII Encontro Luso-Brasileiro de Direito realizado nas dependências da Universidade de Lisboa, contando com a participação da Faculdade de Direito daquela Universidade, do Centro Universitário de Marília – UNIVEM, da UEMP e do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Eventos como esses têm de ser realizados de modo sistemático, e, se possível, mais amiúde, pois impressionam pela qualidade os trabalhos que vêm sendo apresentados. Nesse VII Encontro, a contribuição de ilustres autores foi expressiva e muito interessante, pois trataram de temas palpitantes e polêmicos, tais o da multiparentalidade, da solidariedade nas contribuições sociais, políticas públicas e tantos outros, todos trabalhados com rigor técnico e científico. Expostos em painéis cuidadosamente preparados, permitiram amplos debates, não somente aos integrantes da mesa de trabalhos, mas a todos os presentes, cujas contribuições foram inestimáveis.

Os organizadores desse Encontro, Professores Marco Antonio Marques da Silva, Fernando de Brito Alves e Lafayette Pozzoli, com a colaboração das proficientes Comissões Científica e Executiva, merecem os mais efusivos cumprimentos pelo acerto na escolha da temática, pela organização impecável que contou com o decidido envolvimento também de conceituados participantes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professores Eduardo Vera-Cruz Pinto, Jorge Miranda, Antonio Barreto Menezes

Cordeiro e do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor Raimundo Neto.

*Prof. Carlos Alberto Ferriani*

Professor na Faculdade de Direito da PUC-SP

# CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

I ConPaz realizado em 2016 – Univem

Os organizadores e participantes do Primeiro Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Marília São Paulo Brasil, de 19-22 maio de 2016, acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos seguintes mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem frutos: a liberdade, a justiça e a paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, intentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.

7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Constitucionais de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pela compreensão e pela paz.

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



## CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

**PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS** (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

-----

**PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS:** Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). **PROF. ANDREA PITASI:** PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA). **PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA:** Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA. **PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER:** Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO:** Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). **PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO:** Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). **PROF. DR. DANIEL FERREIRA:** Pós-Doutorado pelo Instituto lus Gentium Conimbrigae -

## Instituto Memória

Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). **PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI:** Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA:** Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. **PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR:** Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO:** Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). **PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM:** Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES:** Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES:** Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). **PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO:** Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. FERNANDO ARAUJO:** Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). **PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). **PROFA. DRA. FLÁVIA PIOVESAN:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). **PROF. DR. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI:** Doutorado em Direito (1995 - 1997) - Universidade Federal de Pernambuco. Doutorado em Direito (1987 - 1990) - Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Direito Público (1985 - 1985) - Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Sociologia (1974 - 1976) - Universidade Federal de Pernambuco. Graduação em Direito (1966 - 1970) - Universidade Católica de Pernambuco. **PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER:** Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). **PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA:** Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos



# Instituto Memória

(UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ:** Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983). Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). **PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO:** Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA:** Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE:** Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Libano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI:** Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). **PROF. DR. LUC CAPDEVILA:** Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER:** Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). **PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER:** Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA:** Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE:** Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). **PROF. DR. MATEUS BERTONCINI:** Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). **PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER:** Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). **PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO:** Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná.

# Instituto Memória

Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). **PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA:** Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ:** Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI:** Doutorado em Direito pela UFPR. **PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA:** Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. ROLAND HASSON:** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO:** Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). **PROFA. DRA. SARA PETROCCIA:** Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN:** Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). **PROF. DR. SIDNEY GUERRA:** Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. **PROF. DR. TÁRSIS NOMETALA SARLO JORGE:** Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. **PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR:** Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. **PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCAMP. **PROF. DR. WAGNER MENEZES:** Pós-doutorado (Universidade de Pádua - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR).

**Instituto Memória**

**18 ANOS DE TRADIÇÃO NACIONAL**

Transformando o mundo, um livro de cada vez!

**#livrospelavida!**

**[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)**