

**O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
EM DEBATE
Vol. 01**



**UNIPAR
2014**

ORGANIZADORES

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

BRUNO SMOLAREK DIAS

O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE Vol. 01

COLABORADORES

Alender Max de Souza Moraes
Alexandre Orion Reginato
Bárbara Guasque
Caio Cezar Bellotto
Cleber Sanfelici Otero
Diego Bianchi de Oliveira
Dirceu Pereira Siqueira
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Igor Henrique da Silva Santelli
Ivan Aparecido Ruiz
Manuela Cristina Andrade Lacerda
Márcia Sarubbi Lippmann
Maurizio Oliviero
Mithiele Tatiana Rodrigues
Monica Cameron Lavor Francischini
Paulo Márcio Cruz
Rafael Xavier de Jesus
Rogério Turella
Taís Zanini de Sá Duarte Nunes
Vitor Augusto Gaioski Pagani

UNIPAR

2014



Reitor

Carlos Eduardo Garcia

Vice-reitora

Neiva Pavan Machado Garcia

Vice-reitor Chanceler

Cândido Garcia

Diretora Executiva de Gestão do Ensino Superior

Maria Regina Celi de Oliveira

Diretor Executivo de Gestão da Extensão Universitária

Adriano Augusto Martins

Diretora Executiva de Gestão da Pesquisa e Pós-Graduação

Evellyn Cláudia Wietzikoski Lovato

Diretor Executivo da Gestão da Dinâmica Universitária

José de Oliveira Filho

Diretora Executiva do Planejamento Acadêmico

Sônia Regina da Costa Oliveira

Diretor Executivo de Gestão das Relações Trabalhistas

Janio Tramontin Paganini

Diretor Executivo de Gestão de Assuntos Jurídicos

Lino Massayuki Ito

Diretora Executiva de Gestão e Auditoria de Bens Materiais Permanentes e de Consumo

Rosilamar de Paula Garcia

Diretor Executivo de Gestão de Assuntos Comunitários

Cássio Eugênio Garcia

Diretora dos Institutos de Ciências Humanas, Linguísticas, Letras e Artes, de Ciências Sociais Aplicadas e de Educação

Fernanda Garcia Velasquez

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual e Cidadania

Celso Hiroshi Iocohama

I64 Iocohama, Celso Hiroshi.

O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate:
volume 1 / Celso Hiroshi Iocohama ; Bruno Smolarek Dias
(Orgs.). – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR,
2014. E-book.

184 p.

ISBN 978-85-8498-002-4

1. Direitos fundamentais. 2. Acesso à justiça. I. Dias, Bruno
Smolarek (Org.). II. Universidade Paranaense – UNIPAR. III.
Título.

(21 ed) CDD: 341.274

Bibliotecária Responsável Inês Gemelli CRB 9/966

SUMÁRIO

PREFÁCIO	6 a 8
ACESSO À JUSTIÇA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Diego Bianchi de Oliveira e Igor Henrique da Silva Santelli	9 a 23
A CONCILIAÇÃO E A TRANSAÇÃO, NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL, ENVOLVENDO DIREITOS DA PERSONALIDADE - Ivan Aparecido Ruiz e Taís Zanini de Sá Duarte Nunes	24 a 50
A INTENSIFICAÇÃO DAS NORMAS ABERTAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA - Rafael Xavier de Jesus e Alexandre Orion Reginato	51 a 65
A PUBLICIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO - Caio Cezar Bellotto e Vitor Augusto Gaioski Pagani	66 a 76
CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA - Bárbara Guasque e Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto	77 a 92
DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO: UMA CRÍTICA À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB O PRISMA OCIDENTAL - Márcia Sarubbi Lippmann e Manuela Cristina Andrade Lacerda	93 a 107
EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SOLIDÁRIOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS - Cleber Sanfelici Otero e Mithiele Tatiana Rodrigues	108 a 134
O IDOSO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A CONTEMPORÂNEIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE - Dirceu Pereira Siqueira e Monica Cameron Lavor Francischini	135 a 157
REFLEXÕES SOBRE O DIREITO TRANSNACIONAL - Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz	158 a 173
VERDADES E MOTIVAÇÕES IDEOLÓGICAS NO JULGAMENTO - Alender Max de Souza Moraes e Rogério Turella	174 a 184

Prefácio

É com grande satisfação que apresentamos esta obra, fruto de diversas iniciativas que se estabeleceram no planejamento do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, dando início a uma série de obras coletivas que revelam as integrações interinstitucionais e a produção de grupos de pesquisa e de pesquisadores na área do Direito.

Com efeito, de há algum tempo foram sendo firmados importantes vínculos acadêmicos, permeando estudos ligados à cidadania e à sua tutela. A importância do processo judicial e a compreensão do exercício jurisdicional no contexto dos direitos e das garantias fundamentais produzem e ainda produzirão muitos estudos, diante da diversidade de demandas e da complexidade dos mecanismos para sua efetivação.

A presente obra, editada de forma eletrônica, é o primeiro volume de outras edições que se espera concluir a partir da produção realizada no próprio programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da sua sempre integração com outros Programas de Mestrado e pesquisadores de outras Instituições, procurando-se aproximar e divulgar os estudos realizados.

Para este volume 1, contamos com a participação de pesquisadores da UNIPAR (mestrandos e professores), do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR e do Programa de Mestrado da Universidade do Vale do Itajaí-SC, aos quais, desde já, se registram os agradecimentos especial pela inestimável colaboração.

Como critério adotado para esta linha de publicações eletrônicas, a obra coletiva será disponibilizada gratuitamente aos participantes em arquivo PDF (Portable Document Format), disponibilizado para todos os pesquisadores interessados.

Registra-se, outrossim, os agradecimentos aos mestrandos bolsistas do PROSUP/CAPES Alexandre Orion Reginato, Igor Henrique da Silva Santelli e Alender Max de Souza Moraes que realizaram os trabalhos de padronização dos textos, como também à Bibliotecária Chefe Inês Gemelli, pelas ações voltadas ao registro do livro e à Universidade Paranaense – UNIPAR pelo apoio constante.

Passamos a apresentar os trabalhos publicados neste volume:

A obra se inicia com artigo de autoria de Diego Bianchi de Oliveira e Igor Henrique da Silva Santelli intitulado **ACESSO À JUSTIÇA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**. O estudo parte da análise do projeto do novo Código de Processo Civil e a atenção dada ao princípio da celeridade processual e à necessidade de pacificação com justiça, dando-se ênfase ao estudo da prestação jurisdicional que atenda aos preceitos de adequação, efetividade e tempestividade, resgatando-se a importância do acesso à ordem jurídica justa, na expressão consagrada por Kazuo Watanabe.

Na sequência, Ivan Apécido Ruiz e Taís Zanini de Sá Duarte Nunes tratam do tema **A CONCILIAÇÃO E A TRANSAÇÃO, NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL, ENVOLVENDO DIREITOS DA PERSONALIDADE**. Considerando as limitações dadas à transação para circunscrevê-las aos direitos patrimoniais de caráter privado, os autores buscam verificar como a conciliação (que não tem as mesmas limitações), pode ser aplicada para os direitos da personalidade, atentos à concretização da dignidade da pessoa humana num contexto de pacificação dos conflitos.

Rafael Xavier de Jesus e Alexandre Orion Reginato trazem seu trabalho sob o título **A INTENSIFICAÇÃO DAS NORMAS ABERTAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA**. Considerando os modelos procedimentais e as formalidades que os assenta, os autores destacam a importância da simplificação do processo, no contexto de uma razoável duração e da eficiência da

aplicação da tutela jurisdicional aos direitos materiais, invocando a participação do juiz como condutor e conformador dos atos processuais, trazendo critérios para a flexibilização procedimental.

No artigo intitulado **A PUBLICIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO** os autores Caio Cezar Bellotto e Vitor Augusto Gaioski Pagani trazem para reflexão e debate o direito ao esquecimento e sua aplicação diante do princípio constitucional da publicidade, considerando o acesso às informações existentes em processos eletrônicos, especialmente aos findos. Traçam, para o estudo, a amplitude e os limites do princípio da publicidade e sua funcionalidade diante do processo judicial eletrônico, considerando a experiência paranaense.

Bárbara Guasque e Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto no artigo **CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DEMOCRACIA** ressalta o paradoxo existente entre a democracia, entendida como mecanismo decisório no qual a maioria possui condições de prevalência sobre minorias, e o constitucionalismo, enquanto movimento jurídico que possibilita a defesa de interesses contra os abusos dos poderes do Estado, incluso protegendo as minorias das decisões majoritárias. No entanto a colisão aparente não significa a incapacidade de coexistência, incluso faz-se uso da democracia constitucional de Ferrajoli para possibilitá-la. O jurista italiano usa incluso exemplos da década de 1940 para determinar modelos políticos, que mesmo sendo apoiados pela vasta maioria popular, não poderiam ser considerados legítimos, caso do nacional socialismo ou do facismo. O limitador como não poderia deixar de ser, e apontado pelos autores do artigo residem nos Direitos Humanos e uma perspectiva transnacional na qual estes se interpenetram.

No texto **DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO: UMA CRÍTICA À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB O PRISMA OCIDENTAL**, Márcia Sarubbi Lippmann e Manuela Cristina Andrade Lacerda destacam o papel a princípio ocidentalizado ao revés de universalista do discurso dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos travestem-se de um discurso universalista, adotando uma perspectiva de mundo singular, e impondo esta visão de mundo sobre aqueles que a princípio não compartilharam de sua criação e conformação. A diferença entre este artigo e outros já escritos sobre esta temática é o insight dado à governança mundial sobre o assunto. Logo deve, de acordo com as autoras ser adotada uma política intercultural que possibilite a efetividade que os direitos humanos necessitam, sem incorrer num processo nem hegemônico nem eurocêntrico.

Cleber Sanfelici Otero e Mithiele Tatiana Rodrigues em seu artigo **EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SOLIDÁRIOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS** preconiza que o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de ampla e profunda análise quando o assunto são as relações privadas. No específico do referido artigo, traz ainda sua aplicabilidade no atual estado político existente, com inúmeros direitos sociais resguardados nas cartas constitucionais. Apresentando o conflito aparente entre a autonomia das partes, como base do direito privado, e a dignidade da pessoa humana como fundamento destes direitos sociais.

Em artigo denominado **O IDOSO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A CONTEMPORÂNEIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**, Dirceu Pereira Siqueira e Monica Cameron Lavor Francischini estudam o direito dos idosos e analisam em que medida ele comunga com os direitos da personalidade em sua proteção. Fazendo uso de estudos psicológicos para analisar os direitos da personalidade, os autores traçam um breve histórico e suas conformações teóricas. Analisando ainda, a correlação para com a Dignidade da Pessoa Humana e sua proteção pelo ordenamento jurídico, terminando por embasada nesta garantir, efetivamente, os direitos personalíssimos aos cidadãos de idade mais avançada.

Com o trabalho intitulado **REFLEXÕES SOBRE O DIREITO TRANSNACIONAL**, Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz buscam a conformação do Direito Transnacional, não mais limitado por fronteiras territoriais e os novos poderes surgidos com a globalização. Os autores, dois dos maiores expoentes no assunto no Brasil, discutem a sociedade do risco atualmente existente e a necessidade de adaptação dos mecanismos jurídicos para as novas realidades para além de suas normais categorias

teóricas, como Direito Nacional, Direito Comunitário e Direito Internacional. Trazendo ainda, a necessidade de discussão de uma pauta axiológica para os novos tempos.

Finalizando este livro, Alender Max de Souza Moraes e Rogério Turella apresentam seu estudo sob o título **VERDADES E MOTIVAÇÕES IDEOLÓGICAS NO JULGAMENTO**, enfrentando o debate envolvendo a influência da(s) ideologia(s) na atuação jurisdicional diante da produção probatória e da formação de seu convencimento, invocando a teoria crítica a partir do diálogo entre as posições doutrinárias de Rui Portanova e Luiz Fernando Coelho .

Nossas saudações aos autores e às Instituições de Ensino pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iochama

Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof Dr. Bruno Smolarek Dias

Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

ACESSO À JUSTIÇA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

*Diego Bianchi de Oliveira*¹
*Igor Henrique da Silva Santelli*²

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, a expectativa de que o Senado Federal aprove o projeto de lei 166/10, do novo Código de Processo Civil – NCPC. Este trabalho é obra de uma comissão de juristas que, inicialmente, foi presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria geral foi atribuída à ilustre processualista Tereza Arruda Alvim Wambier.

Esta comissão, conhecedora de que justiça tardia não é justiça, criou alguns instrumentos que viabilizam a celeridade processual, dentre eles o incidente de resolução de demandas repetitivas, cujo objetivo é reunir demandas e recursos com o mesmo fundamento jurídico a fim de que sejam julgados de uma só vez.

As mudanças na sociedade transformaram muito as relações jurídicas, por isso a preocupação da comissão do novo CPC em criar novos mecanismos que atendam essas novas relações. É certo de que vive-se num momento de constitucionalização do processo civil, onde este deve observar fielmente os princípios constitucionais, é a essência do *neoprocessualismo*, que objetiva uma ampliar ligação entre as leis processuais e a Constituição. Esta, por sua vez, têm assumido papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, de tal modo que todos assuntos relevantes devem ser tratados à luz de nossa lei maior, o tende a garantir maior estabilidade e segurança jurídica aos institutos do direito processual civil.

Devido a isso, busca-se nesta pesquisa, analisar, sob a luz do princípio do Acesso à Justiça, a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Tendo em vista os novos moldes que o referido princípio ganhou nos últimos tempos, nota-se que sua incidência tornou-se mais ampla, ou seja, deve ser concebido não como mera admissão ao processo, mas

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Pós-Graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. Graduado em Administração pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidor Municipal da Gerência de Educação de Naviraí; e Professor de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. E-mail: *diegobianchi@hotmail.com.br*

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, com bolsa Capes. Pós-graduado em Direito, com especialização em Direitos Humanos e Cidadania, pela Universidade Federal da Grande Dourados (2012). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2009). Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: *igor_santelli@yahoo.com.br*

como pacificação com justiça, o qual não pode ser obtido pelo tratamento equivocado de demandas repetidas como sendo ações individuais.

Desta forma, pretende-se com o presente trabalho estudar brevemente essa concepção contemporânea de acesso à justiça, que não se refere a ela como mero acesso formal ao judiciário, mas abarca desde a criação da norma até a sua correta e justa aplicação, ou seja, a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Portanto, se faz relevante estudar os novos institutos previstos no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a fim de averiguar a sua aplicabilidade e funcionalidade. E nesta pesquisa, tratar-se-á do novo dispositivo que visa a resolução dos problemas advindos das demandas repetitivas – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas –, bem como suas implicações sobre o princípio do Acesso à Justiça.

2 ACESSO À JUSTIÇA: CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

O preâmbulo da Constituição Federal prevê, entre outros, a “justiça” como valor supremo a ser consolidado, assim na busca desses valores é que todo ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser tratado sob o manto da lei maior. Nesse sentido, Cambi (2012, p. 19) aponta que esse é o primado do *neoprocessualismo*, o qual procura uma metodologia que visa aproximar do pensamento contemporâneo o essencial diálogo que deve permear os direitos processual e constitucional.

Assim, antes de tratar do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, faz-se mister estudar a relevância constitucional do princípio do Acesso à Justiça, tendo em vista os novos moldes que o referido princípio ganhou nos últimos tempos, nota-se que sua incidência tornou-se mais ampla, ou seja, deve ser concebido não como mera admissão ao processo, mas como pacificação com justiça (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2005, p. 35-36)

A Constituição prevê, em seu artigo 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, depara-se aqui com o princípio do Acesso à Justiça. Aqui, não se fala apenas da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva que tenha como resultado a ordem jurídica justa.

Entende-se que o princípio do acesso à justiça está intimamente ligado aos demais princípios constitucionais, tendo em vista que o referido princípio não é condicionado a nenhuma característica pessoal ou social, evidenciando a relação com o princípio da igualdade. E nesse sentido, Capelletti (1988, p. 165) também relaciona ambos os princípios,

apontando ao fim de sua obra, que a finalidade do acesso à justiça não é fazer uma justiça ‘mais pobre’, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época.

Pois bem, ao proibir os cidadãos de resolverem por si seus conflitos de interesse, o Estado assumiu o poder de resolvê-los, todavia, adquiriu também o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição (ASSIS, 1999, p. 9). Desta forma, para o desenvolvimento desse novo conceito de acesso à justiça, deve-se partir da premissa de se o Estado evocou para si o monopólio da jurisdição, devendo então, assegurar a todos os indivíduos o direito de reivindicá-lo perante este.

Do mesmo modo, Capelletti (1988, p. 38) afirma que o acesso ao judiciário já é uma realidade, entretanto, o acesso ao judiciário, isoladamente, não alcança a plenitude desejada pelo Estado Democrático de Direito no plano da igualdade substancial.

Sendo assim, o indivíduo tem por direito fundamental a garantia do acesso à justiça e aliados a ele estão os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade material entre as partes no processo e da assistência jurídica gratuita e integral a todos os necessitados economicamente.

E se o processo é instrumento pelo qual se garante a defesa dos direitos, a sustentação das razões do indivíduo e a produção de provas, pode-se afirmar que a garantia real do acesso à justiça é princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

O Estado deve encarar esse direito de ação assegurando a qualquer um o direito de provocar o Judiciário, não garantindo o provimento daquilo que é pedido, mas sim voltado para a realização da justiça. O Estado, ao ser provocado, tem a obrigação de prestar a jurisdição de forma efetiva, como afirma o professor Marinoni (2004), essa “prestação efetiva da tutela do direito depende do provimento adequado, é claro que não há como falar em direito à tutela sem pensar em direito ao provimento que seja capaz de prestá-la”.

Nota-se que o conceito atual de acesso à justiça esta vinculado a concepção de que a resolução do caso concreto pelo órgão jurisdicional depende dos meios e procedimentos efetivamente aptos, conferindo tutela adequada, efetiva e tempestiva ao direito material. E nessa vertente os professores Medina e Wambier (2013) apontam que:

O direito à tutela jurisdicional somente terá sido satisfeito de modo apropriado se o Estado oferecer às partes *tutela jurisdicional adequada* às situações de direito material que forem submetidas. O direito de ação, assim, compreende não apenas a tutela jurisdicional adequada, mas também um processo adequado.

Corroboram deste mesmo entendimento Marinoni e Arenhart (2013):

O direito de ação, atualmente, deve permitir ou viabilizar o efetivo alcance das tutelas prometidas pelo direito material. Deve “permitir ou viabilizar” porque a tutela do direito somente é prestada quando o direito material é reconhecido no caso concreto. Mas, quando o direito é reconhecido, a tutela jurisdicional há de ser efetiva.

Assim, havendo, dentro do sistema processual, tutela apropriada para aquela reclamada pelo direito material, passa-se a dar existência ao próprio direito material. Isso no sentido de que não se tem apenas um direito objetivo inacessível, mas um direito palpável com meios adequados para buscá-lo.

Além da importância da tutela jurisdicional ser adequada e efetiva, ela deve também ser célere, tendo em vista que tempo razoável no fornecimento da prestação jurisdicional é direito fundamental. Direito este, previsto no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, que assegura a todos a razoável duração do processo e instrumentos que garantam a celeridade de sua tramitação, e legitima a punição de condutas praticadas tanto pelas partes quanto pelo juiz, que tenham por objetivo protelar o resultado final do processo.

Tendo o referido inciso inserido no art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, Marinoni (2009, p. 84) afirma que o acesso à tutela jurisdicional tempestiva tornou-se dever do Estado, mediante prestações do legislador, do administrador e do juiz. Tornando-se garantia tanto para o autor quanto ao réu, que não será submetido ao poder estatal por mais tempo que o necessário. Acrescenta ainda, que a sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos em tempo razoável.

Perceba que o desenvolvimento do conceito de acesso à justiça procura buscar assegurar uma resposta efetiva e eficaz do órgão jurisdicional aos cidadãos, fugindo daquela idéia inicial formalista de mero acesso ao órgão jurisdicional.

Desta forma, o Estado instituindo dispositivos que assegurem a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, extirpar-se do conceito de acesso à justiça a antiga idéia de mero acesso ao judiciário, delineando-se para um conceito onde a expressão “acesso a ordem jurídica justa” seria mais apropriada. E nesse sentido é que Watanabe (1988) assevera que “não se trata somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

A concepção do princípio, por assim dizer, fica mais ampla, pois se baseia na adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, no qual busca uma

justiça adequadamente organizada e composta por juízes inseridos na realidade social e empenhados na realização da ordem jurídica justa. Onde se dispõe de instrumentos processuais aptos a promover a efetiva tutela de direitos.

Ainda, Moralles (2006, p. 52-53) define o acesso à ordem jurídica justa como o “[...] acesso a uma ordem de valores e direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideal justiça social, oportunidades equilibradas aos litigantes, participação democrática e tutela jurisdicional efetiva”.

Por fim, a construção de uma ordem jurídica justa segue num sentido muito abrangente, que se inicia desde a criação das normas até sua correta e justa aplicação. Tanto que entre os processualistas contemporâneos existe uma preocupação quanto à efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos, e nesse sentido Watanabe (2012) destaca que:

[...] partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. [...] com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

Assim, o Estado deve buscar mecanismos que viabilizem, facilitem, e garantam o acesso à justiça. Tem-se de acrescentar que a obrigação do Estado vai além de simplesmente prestar a tutela jurisdicional.

E com a iminência da aprovação do novo CPC, que traz inúmeras novidades nesse sentido, dentre elas o “Incidente de resolução de demandas repetitivas”, que se propõe a trazer mais efetividade às demoradas demandas que tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Mas quais suas implicações quanto ao acesso à justiça? Esse dispositivo irá assegurar, de fato, acesso à uma ordem jurídica justa?

3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO NOVO CPC: NOÇÕES BÁSICAS E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Nos últimos anos, vários institutos destinados à racionalização dos julgamentos de demandas repetitivas foram introduzidos na ordem jurídica brasileira: súmula vinculante (art.

103-A da CRFB/88³); repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CRFB/88⁴); improcedência liminar das ações repetitivas (art. 285-A do CPC⁵); súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, do CPC⁶); os recursos repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C do CPC⁷); o pedido de uniformização da interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais (art. 14 da Lei n. 10.259/2001⁸); o pedido de uniformização da interpretação de lei nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos 20 Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 18 e 19 da Lei 12.153/2009⁹); e a suspensão de liminares de objeto idêntico em mandados de segurança (art. 15, § 5º, da Lei 12.016/2009¹⁰).

O projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC)¹¹, marcado por uma preocupação especial com a *estabilidade da jurisprudência*, pretende dar um passo mais significativo para contemplar o mesmo objetivo dessas modificações. Arruda Alvim (2011) frisa isso ao falar que, como resultado da “extrema cautela do Projeto quanto à manutenção da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência”, o projeto esforçou-se em “incentivar a uniformidade da jurisprudência e sua estabilidade”. E não há nada mais demonstrativo dessa preocupação do que a inovação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

³ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

⁴ “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. [\(Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006\)](#)”

⁶ “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. [\(Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006\)](#)”

⁷ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”

⁸ “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.”

⁹ “Art. 19. Quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização de que trata o § 1º do art. 18 contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.”

¹⁰ “§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”

¹¹ Conforme Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), cuja redação final foi aprovada na Sessão Deliberativa Ordinária do dia 26.03.2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>> Acesso em: 20 mai. 2014.

Esse instrumento propõe o *juízo conjunto* das causas que possuam questões de direito idênticas e que tenham sido postuladas individualmente em grande número. Na exposição de motivos do projeto, fala-se basicamente no propósito de evitar a “dispersão excessiva da jurisprudência”, “atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário” e promover o andamento mais “célere” dos processos.

A forma como previsto o incidente no projeto do NCPC indica os princípios básicos aos quais sua criação está atrelada:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Tal como previsto no projeto do NCPC, é possível definir o instituto em questão como um “um incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 178).

A expressa menção ao “risco à segurança jurídica e à isonomia” parece remeter o foco do instituto às situações com elevado potencial de multiplicação de demandas idênticas, o que naturalmente propicia decisões díspares para questões iguais. Parece consagrada aí a leitura do “precedente” na dimensão da igualdade, nos termos em que Luis Guilherme Marinoni (sem ano, sem página) o delineou: no Direito Processual, a igualdade não deve ser exigida apenas como “paridade de armas”, isto é, como igualdade *no* processo, mas também como igualdade *perante as decisões judiciais e perante a interpretação judicial da lei*. Como não é difícil supor, as decisões desiguais para casos juridicamente idênticos ferem esse ideal de “isonomia” e “segurança jurídica”.

Alvim (2011) expõe o incidente como a grande inovação do projeto do NCPC:

Não é possível exigir do magistrado um trabalho de artesão para enfrentar a enormidade de ações repetitivas, com objetos semelhantes ou praticamente idênticos. Diante disto, a Comissão buscou uma solução para resolver este problema, ou, ao menos, encaminhar rumos para uma solução. Nela reside a grande novidade do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

Os aspectos procedimentais do incidente de resolução de demandas repetitivas são ricamente tratados no projeto. Há diversas previsões que não estão contidas no capítulo VII, que é exclusivo do incidente de resolução de demandas repetitivas.

As previsões dispersas mais pertinentes podem sintetizar-se desta forma: preferência na ordem de julgamento, quebrando a ordem cronológica imposta pela nova sistemática do

projeto do NCPC (Art. 12, § 2º, III¹²); participação da sociedade civil, pela via do *Amicus Curiae*, que inclusive pode recorrer da decisão que julgar o incidente (art. 138, § 3º¹³); *suspensão* do processo a partir da admissão de incidente (art. 314, IV¹⁴); improcedência liminar do pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 333, III¹⁵); exceção ao duplo grau de jurisdição necessário (art. 507, § 3º, III¹⁶); vinculação de juízes e tribunais aos precedentes de resolução de demandas repetitivas (art. 521, II¹⁷); competência do próprio órgão que formou a tese *para a revisão* do precedente gerado no incidente (art. 521, § 9º¹⁸); poder do desembargador relator de negar provimento a recurso contrário ao entendimento firmado no incidente, sem oitiva da parte recorrida, que não será prejudicada pela decisão (Art. 945, IV, c¹⁹); poder do relator de dar provimento ao recurso que esteja de acordo com o provimento de um incidente, desde que ouvida a parte recorrida, ou seja, a que será prejudicada pela decisão (art. 945, V, c²⁰); cabimento de *reclamação* ao tribunal caso a decisão proferida no incidente não seja observada já na fase da liminar (art. 1000, IV²¹).

No capítulo próprio do incidente de resolução de demandas repetitivas, do art. 988 ao 999, estão sistematizados os seus pressupostos, regras sobre competência e sobre o procedimento. O art. 988 dispõe sobre os seus pressupostos da seguinte forma:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva

¹² “Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (...) § 2º Estão excluídos da regra do caput: III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;”

¹³ “§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

¹⁴ “Art. 314. Suspende-se o processo: (...) IV – pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;”

¹⁵ “Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...) III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

¹⁶ “§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: (...) III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

¹⁷ “Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: (...) II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

¹⁸ “§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.”

¹⁹ “Art. 945. Incumbe ao relator: (...) IV – negar provimento a recurso que for contrário a: (...) c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

²⁰ “Art. 945. Incumbe ao relator: (...) V – depois de facultada, quando for o caso, a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: (...) c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

²¹ “Art. 1.000. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) IV – garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

§ 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição.

§ 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

§ 5º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente.

§ 6º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

§ 8º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

O art. 989 traça as regras sobre a publicidade do incidente, afirmando o maior acesso possível à informação quanto a ele²². Os arts. 990 e seguintes tratam da tramitação do incidente no Tribunal de Justiça²³. Já o art. 995 dispõe sobre a aplicabilidade da decisão na resolução do incidente, sendo importante conferi-lo:

Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem

²² “Art. 989. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.”

²³ “Art. 990. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 988. § 1º Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso; II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias; III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias. § 2º A suspensão de que trata o inciso I do § 1º será comunicada aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício. § 3º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. § 4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado. Em qualquer dos casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento. § 5º Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito.”

na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região.

§ 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação.

§ 3º O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no art. 988, § 3º, inciso II, poderão pleitear a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 6º a 11.

§ 4º Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso.

§ 5º Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

O art. 996, § 1º, trata da limitação do prazo de suspensão dos procedimentos enquanto o incidente, uma vez instaurado, não for julgado. Esse limite é de *um ano*, salvo no caso de decisão fundamentada do relator.²⁴

O art. 997 traz importante previsão, permitindo que os legitimados a pedirem a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, com o objetivo de resguardar a segurança jurídica, peçam a suspensão dos julgamentos em todo o território nacional ao STJ e ao STF das questões idênticas até a apreciação de recurso especial ou extraordinário, caso haja a interposição de um destes.²⁵

O recurso, seja especial ou extraordinário, interposto da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, possui efeito *suspensivo*. Além disso, presume-se a repercussão geral da questão constitucional discutida, nos termos do art. 998²⁶.

²⁴ “Art. 996. O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 990, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.”

²⁵ “Art. 997. Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 988, § 3º, inciso II, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. § 1º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no caput. § 2º Cessa a suspensão a que se refere o caput se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.”

²⁶ Art. 998. O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida.

4 REFLEXÕES ACERCA DO IRDR E SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO AO ACESSO À JUSTIÇA

O novo instituto causa controvérsias, pois há quem enxergue com desconfiança a própria ideia de se atribuir força vinculante a precedentes judiciais. Streck (2013), por exemplo, critica a ideia de “estabilidade” da jurisprudência presente em todo o projeto:

Vejamos as incongruências do projeto. Há um capítulo (XV) intitulado “Do Precedente Judicial” (vejam: não há um capítulo do tipo “Da Lei!”). Diz que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”. Aí está o busílis. Se resolveram importar a doutrina dos precedentes, já começaram mal. Muito mal. Ora, a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Simples, pois.

Num pronunciamento ao fim de 2013 – em parte revisto posteriormente – sobre o projeto do NCPC, Streck (2013) foi incisivo ao acusar o projeto de apostar na “*commonlização* do Direito”. Streck (2013) chegou a taxar de inconstitucional o que chamou de “revogação infraconstitucional do princípio da legalidade”:

O projeto revoga por meio de um texto infraconstitucional o princípio constitucional da legalidade. Ao invés da cláusula pétrea do artigo 5º, inciso II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, teremos, agora, um “novo”, pelo qual “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!).

(...)

Isto é, um texto infraconstitucional que contraria a Constituição, que determina que os juízes não devem mais julgar com base na normatividade, mas, sim, de acordo com as decisões dos tribunais. Adeus jurisdição constitucional às instâncias que se tornam, de fato, inferiorizadas. O mais grave é que é um texto infraconstitucional que altera a espinha dorsal de nossa tradição, baseada no princípio da legalidade. Na prática, opera uma ruptura histórica em nossa ordem jurídica, de romano-germânica para *common law*.

(...)

Sigo. Poder-se-ia alegar, em favor do projeto, que este tenta resolver o problema da litigiosidade repetitiva, com o reforço do modelo de padronização decisória, que faz crer que os litígios devam ser exterminados, após o proferimento de uma decisão modelar proferida por tribunais, sem que se perceba a completa ausência de uma teoria apta para a interpretação/aplicação dessa ‘padronização’.

Em contrapartida, Arruda Alvim (2011) demonstrou entusiasmo em relação à inovação. Ele se referiu ao tratamento dado ao incidente de resolução de demandas repetitivas do projeto original do NCPC da seguinte maneira:

O PLS 166/2010 pretende desafogar o Judiciário em primeiro grau de jurisdição, a partir do que se denominou incidente de resolução de demandas repetitivas (arts.

895 a 906 do PLS 166/2010). A disciplina aí encontrada parece-nos promissora, e deverá aliviar a sobrecarga de ações repetitivas nos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Arruda Alvim (2011) vê vantagens no que entende tratar-se da aplicação da lógica já existente sobre a uniformização da jurisprudência no STJ e no STF aos Tribunais locais:

É um sistema que se aproxima do tratamento já existente, destinado aos recursos com fundamento em idêntica questão de direito (*recursos repetitivos*) perante o STJ (art. 543-C, § 1.º a 9.º, do CPC), mas transportado para os órgãos de segundo grau de jurisdição. Nessa linha, analogamente à prerrogativa conferida ao Presidente do STJ nos §§ 1.º e 2.º do art. 543-C do CPC, o PLS 166/2010 dispõe que: "Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição".

O que fez o Projeto foi estabelecer, para as demandas repetitivas, uma disciplina análoga àquela referente aos procedimentos da repercussão geral nos recursos extraordinários e do julgamento de *recursos repetitivos* no STJ. Solucionam-se, a um só tempo, as questões pertinentes ao afogamento do Poder Judiciário e à uniformização das decisões judiciais.

Diferentemente, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 178) falam de modo pouco esperançoso sobre o incidente, não obstante louvem o propósito da inovação:

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação da tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição.

Marinoni e Mitidiero (2010, p. 178) esclarecem essa baixa expectativa, explicando que a inovação não combate as “causas” da multiplicação de demandas, porque não inibe o ajuizamento de ações:

A simplificação do procedimento para julgamento das demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva dos direitos – na linha das *class actions* estadunidenses, cujos resultados nessa direção contam com o sólido testemunho da história a seu favor.

Diante de tantas expectativas respeitáveis e divergentes, não é possível ainda prever com segurança se os efeitos do incidente serão predominantemente positivos ou negativos. Especificamente quanto ao acesso à justiça, pode-se apontar uma tensão de benefícios e prejuízos possivelmente gerados pelo incidente.

Entendendo o princípio do acesso à justiça não apenas como garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário, pode-se compreender tal princípio em duas perspectivas: o Poder Judiciário deve ser acessível a todos; e o sistema jurídico deve produzir resultados

que sejam individual e socialmente justos (CAVALCANTI, 2014, 377-389). Em outras palavras, não basta acesso formal; é preciso assegurar *acesso efetivo à justiça*.

Diante disso, não se pode restringir aqui a uma simples análise pautada na questão: “o princípio do acesso à justiça é violado pela possibilidade de improcedência liminar de pedidos com base no entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas”. A análise deve, afinal, ser mais ampla do que a que considera o acesso à justiça em sua feição puramente formal. Deve-se, pois, questionar se a exigência de acesso *efetivo* à justiça é ou não *satisfeita* pelo incidente.

Nesse ponto, parece ser válida a já citada preocupação de Marinoni e Mitidiero: para viabilizar o acesso *efetivo* à justiça não seria mais eficaz uma reforma processual que insistisse no aperfeiçoamento do processo coletivo? De fato, no incidente de resolução de demandas repetitivas, somente serão envolvidos pela decisão de mérito aqueles que já estiverem litigando através de suas próprias demandas e os que vierem a propor demandas idênticas posteriormente, ou seja, o incidente cumpre uma função “repressiva” (CAVALCANTI, 2014, p. 389).

Portanto, com o incidente de resolução de demandas repetitivas, os interessados precisam acessar, um a um, formalmente, o Poder Judiciário por meio de suas demandas repetitivas, para conseguirem a tutela jurisdicional esperada, não obstante a questão já tenha sido decidida. Por esse lado, o incidente não dispensa o ajuizamento de ações individualizadas, assim como não tem a intenção de possibilitar a integral reparação do dano globalmente considerado, por meio de uma execução coletiva, por exemplo. O processo coletivo²⁷, que como dito na citação supra de Marinoni e Mitidiero, já possui uma experiência de comprovado sucesso, pode ser uma alternativa de eficácia menos duvidosa para satisfazer o acesso efetivo à justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incidente de resolução de demandas repetitivas é polêmico, como o é no Brasil todo instrumento que, voltado para a celeridade e para segurança jurídica, esteja embasado na

²⁷ Marinoni (2010, p. 76) fala o seguinte sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos: “Nesses casos, em que os danos muitas vezes são economicamente insignificantes do ponto de vista individual, mas ponderáveis quando vistos em conjunto, é necessário incentivar a tutela dos direitos para que a proteção dos indivíduos lesados – por exemplo, nas relações de consumo – possa ser efetiva, e não mera promessa legislativa (...) Uma única ação para a tutela de direitos individuais pertencentes a várias pessoas, além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes e neutraliza as vantagens do litigante que, não fosse a ação única, transformar-se-ia em habitual e, assim, teria vantagens sobre o litigante eventual.”

ideia de uniformização de jurisprudência. No entanto, tem-se debatido, caso aprovado o novo Código de Processo Civil, se o incidente de resolução de demandas repetitivas será bem sucedido ou não.

Estudou-se o novo dispositivo ante a observância aos preceitos constitucionais, em específico o princípio do Acesso à Justiça, não entendido como mero acesso ao poder judiciário, mas como exigência de que a Jurisdição sirva de modo eficaz à pacificação com justiça, o que não pode ser conseguido com o tratamento inadequado de demandas repetitivas, sob o tradicional enfoque das demandas puramente individuais.

Para assegurar o acesso efetivo a justiça no âmbito dos processos repetitivos, deve-se ponderar que é necessária a adequação das regras e princípios do ordenamento jurídico pátrio. Isto é, tais demandas dependem de regulamentação adequada. Ao se aplicar o novo instituto, não se deve privilegiar apenas a celeridade, mas também a qualidade da prestação jurisdicional reclamada pelos jurisdicionados, para assim assegurar, de fato, o “acesso a ordem jurídica justa”.

Por fim, não se pode apontar com certeza se o novo dispositivo será ou não bem sucedido. Mas na busca por um processo civil de resultados práticos, não se pode deixar de dialogar com princípios constitucionais, pois só assim é que se terá a garantia da aplicação adequada e efetiva do que é previsto no direito material.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. **Garantia de acesso à Justiça: benefício da gratuidade**. Porto Alegre: Ajuris. v. 73, p. 162-200, 1998.

CAPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAMBI, E. A. **Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALCANTI, M. A. **Mecanismos coletivos de resolução de conflitos de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no CPC projetado, 2014**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC, São Paulo. 2014.

CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais**. 4. ed. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Ebook.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>> Acesso em: 17 mai. 2014.

_____. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 01, n.04, p. 82-97, out./nov. 2009.

_____. **O precedente na dimensão da igualdade.** Sem ano, sem páginas. Disponível em: <http://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade.> Acesso em: 27 mai. 2014.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Parte Geral e Processo do Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Ebook.

MORALLES, L. C. P. **Acesso à justiça e princípio da igualdade.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.

STRECK, L. L. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** 12 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>> Acesso em 20 mai. 2014.

WATANABE, K. **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Cognição no Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook.

A CONCILIAÇÃO E A TRANSAÇÃO, NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL, ENVOLVENDO DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Ivan Aparecido Ruiz²⁸
Taís Zanini de Sá Duarte Nunes²⁹*

1 INTRODUÇÃO

Dentre os vários caminhos apontados para o problema de falta de celeridade processual está a utilização de métodos autocompositivos de solução de conflitos, utilizados, também, endoprocessualmente, como a Conciliação, que pode ser tentada a qualquer tempo do processo pelo juiz.

É sabido que a Conciliação pode gerar a renúncia, a submissão ou a transação, extinguindo-se a lide. Neste aspecto, cumpre ressaltar que a lei brasileira restringe a matéria da Transação a direitos patrimoniais de caráter privado, o que não faz com relação a Conciliação, levantando-se dúvidas quanto a possibilidade de se transacionar Direitos da Personalidade por meio da Conciliação.

Desta forma, busca-se traçar um paralelo entre Conciliação e Transação no que se refere à disponibilidade ou não dos Direitos da Personalidade, sob uma nova ótica, afastando-se a visão do século XIV naquilo que não for condizente com a atualidade e aproveitando-se as conceituações que enaltecem a plenitude e concretização da dignidade da pessoa humana.

2 BREVE SÍNTESE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Desde que o homem tornou-se civilizado, ele teve de buscar instrumentos para solucionar os conflitos de interesses surgidos no âmbito familiar e social, os quais foram sendo criados e adaptados de acordo com a cultura de cada povo e época, prevalecendo, em alguns momentos, o uso de uns sobre outros. Assim, na história do Direito, os instrumentos

²⁸ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR e, também, do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Advogado no Paraná, email: ivanaparecidoruiz@gmail.com.

²⁹ Mestranda em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco – PUC de Campo Grande/MS e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – LFG de Maringá/PR, email: taiszanininunes@gmail.com.

utilizados para resolução dos conflitos de interesses sempre conviveram entre si, embora em determinadas épocas tenha havido a prevalência de um método em detrimento do outro.³⁰

No decorrer da história os métodos de solução de conflitos foram se aperfeiçoando, adquirindo corpo e regras. Na atualidade, tem-se uma variedade de métodos, adaptados de acordo com a natureza do conflito de interesses e a ordem jurídica de cada país, convivendo todos ao mesmo tempo e cada qual com sua importância e finalidade. O instrumento deve ser adequado e apropriado ao tipo de conflito de interesses. Deve-se, portanto, ministrar o remédio adequado a curar o doente do mal que ele se queixa.

Os métodos são divididos, por grande parte da Doutrina, em *autotutela*, *autocomposição* e *heterocomposição*. A autotutela ocorre quando uma parte impõe a sua vontade, a sua pretensão sobre a outra, prevalecendo-se por meio da força física para solucionar o conflito de interesses. É unilateral e adversarial, não havendo a figura de um terceiro, ou seja, de um juiz. Os métodos autocompositivos são considerados aqueles em que as próprias partes conflitantes decidem como findar a disputa ou demanda, enquanto os heterocompositivos são aqueles que um terceiro dará a solução ao conflito de interesses, cujas partes se submetem voluntariamente ou obrigatoriamente, conforme a previsão legal (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 25). Neste último caso, tem-se um método adversarial, ou seja, a solução é ditada, imposta por um terceiro, enquanto que naquele a solução é não-adversarial, porquanto construída pelas próprias pessoas envolvidas no conflito de interesses.

Petrônio Calmon (2012, p. 30) traz uma classificação diferenciada, dividindo os métodos em ordem imposta e consensual, considerando a primeira como uma solução imposta por um terceiro alheio à vontade das partes, mediante um ato de autoridade e poder fundamentado numa norma geral ou na equidade e não nos interesses das partes, que sob a expectativa de uma decisão, se colocam como opositores, gerando um vencedor e um perdedor. No que se refere a ordem consensual, explica que a mesma é negociada e autocompositiva – não adversarial – em que as partes mantêm o controle sobre o procedimento e a decisão final, adequando-se ao método mais apropriado, de acordo com o tempo a ser investido, o custo, o lugar e quem será o facilitador; neste sentido, tem-se satisfeitos os interesses de ambos os envolvidos.

³⁰ Acerca da evolução histórica da *autotutela à jurisdição*, consulte-se CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2010, p. 26-31). Esses mesmos autores, nessa abordagem (2010, p. 29): “É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*”.

Importante registrar que as diversas formas de solução de conflitos de interesses foram surgindo e convivendo simultaneamente, conforme a evolução de cada sociedade e época. A esse respeito, Petronio Calmon adverte que na verdade é equivocada a ideia de que evoluiu-se da autotutela para a autocomposição chegando a jurisdição, uma vez que a autotutela e a autocomposição sempre coexistiram como meios de solução de conflitos (CALMON, 2012, p. 30).

Na sequência da presente reflexão, passa-se a uma abordagem geral e breve sobre os métodos mais utilizados e mais conhecidos nesse cenário histórico.

Inicia-se pela *autotutela*, inerente ao ser humano, oriunda do sentimento inato de retribuir o mal que é praticado contra si ou contra alguém que lhe é querido ou afim, sendo o método mais utilizado até o período da idade antiga oriental, considerado como uma forma justa de se obter reparação do dano sofrido. Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 116-117) descreve a autodefesa ou autotutela³¹ como o método mais primitivo de solução dos conflitos de interesses, pressupondo um ato de defesa pessoal em que, com ou sem formas processuais – como exemplo a legítima defesa – uma das partes do conflito impõe a outra um sacrifício não autorizado, têm-se a imposição do interesse do mais forte sobre o mais fraco.

Galeno Lacerda traz o entendimento de Lévy-Bruhl que explica que nos primórdios havia a predominância dos grupos sobre os indivíduos, e os conflitos de interesses, antes de individuais, eram na verdade grupais, assim, quando ocorriam dentre membros da mesma tribo, a autoridade do chefe os resolvia (LACERDA, 2008, p. 6). É importante transcrever esse ensinamento, valendo-se da pena de Galeno Lacerda:

O erro filosófico consiste em considerar-se a autoridade como um fenômeno artificial, aparecido por contrato. Nada mais falso. A natureza social do homem impõe a exigência de ordem, e esta não pode haver sem autoridade, para disciplinar e tolher os excessos da liberdade individual. Assim como a autoridade é um fato natural na família, o mesmo acontece na comunidade. Ora, desde que exista um poder central, a justiça puramente privada não se concebe entre os indivíduos e os grupos, porque a primeira função daquele poder consiste na manutenção da ordem pública. (LÉVY-BRUHL *apud* LACERDA, 2008, p. 6).

³¹ Aqui, acredita-se que seja oportuna a citação de Greco Filho (1999, p. 34-35), quando afirma que “No campo penal, por outro lado, em nenhuma hipótese se admite a autotutela. Mesmo a legítima defesa não é caso de autotutela. Age em legítima defesa quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários. Quem detém o poder punitivo penal é sempre o Estado, daí não ser possível conceber, em hipótese alguma, que o indivíduo, ao repelir a agressão injusta, esteja exercendo esse poder punitivo. O direito admite legítima defesa, consagrando a conduta *secundum jus* como uma forma de proteção especial da inviolabilidade dos direitos atacados por agressão injusta, mas não como substitutivo da atividade punitiva do Estado. Este, por sua vez, também, no direito penal, não pode exercer, jamais, a autotutela. Nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo legal: *nulla poena sine iudicio*. Somente ao Judiciário cabe a aplicação das sanções penais”.

A *autotutela* não era a única forma de solucionar conflitos de interesses na antiguidade; vários doutrinadores tem atribuído à cultura chinesa da antiguidade, o mérito pela criação da *mediação*, por intermédio dos ensinamentos de Confúcio (551 a.C), filósofo da época, que apregoava a busca da convivência harmônica sob princípios de humanidade (altruísmo), honestidade, fidelidade, respeito etc. Conforme explica Folberg e Taylor:

Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La auto-ayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por lo tanto serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia Del pensamiento de Confucio (Cohen, 1966) (FOLBERG e TAYLOR, 2002, p. 21).

Fernando A. Milla (1997, p. 181) relata que, modernamente, a mediação foi estruturada e definida nas Convenções de Haya de 1899 e 1907, sendo reconhecida no Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación firmado em 1936 e em muitos outros tratados, tais como a Declaração de Manila de 1982 sobre a Composição Pacífica de Controvérsias Internacionais.

André Gomma Azevedo traz a seguinte conceituação acerca da Mediação:

Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades. (2004, p. 313)

De outro lado, não se pode deixar de mencionar a Arbitragem, forma heterocompositiva de solucionar conflitos de interesses. Para Caplow, citado por Fernando A. Milla, a arbitragem “es um proceso para resolver disputas basado em el consenso de las partes em conflicto; por este acuerdo la controversia es referida a un tercero para una decisión final” (CAPLOW *apud* MILIA, 1997, p. 185-186).

As referências históricas da Arbitragem datam da antiguidade clássica, tendo-se notícias de sua utilização já em 3.000 a.C. entre os babilônios e no ano de 558 a.C. também se encontram registros de sua utilização para solucionar questões envolvendo Cidades-Estados na Grécia e em Roma, ampliando-se, posteriormente, para solução de questões envolvendo estrangeiros e particulares (CAHALI, 2012, p. 29-30). Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda confirma:

Considerada um procedimento de base contratual e tratada como um ato de natureza pactícia, nas várias fases do direito romano; as partes tinham a liberdade de assinar um compromisso em que estipulavam o respeito à decisão dos árbitros, e nos contratos, podiam instituir cláusulas compromissórias” (1959, p. 344).

Ainda, na idade média, com o fim do sistema feudal, a Arbitragem ganhou certa importância nas questões comerciais, uma vez que os comerciantes uniram-se em associações e criaram Câmaras Arbitrais para solucionar suas controvérsias, eis que desamparados pelo Estado. A partir da segunda Revolução Industrial, em 1850, especialmente em virtude do crescimento do comércio além-marítimo ampliou-se ainda mais a sua utilização no meio internacional.

Outro instrumento alternativo para solução de conflitos de interesses é a Conciliação, a qual, segundo Fernando S. Milla, trata-se de um método de acordo pacífico de conflitos desenvolvido após a I Guerra Mundial, instituído mais precisamente em 1922 por uma Resolução da Sociedade das Nações, sendo, posteriormente, incorporado em vários tratados multilaterais. Segundo o autor, a Conciliação passou a ser aplicada a partir da Ata Geral de Genebra para composição de Desacordos Internacionais, escrita em 1928, e atualizada em 1949. Anos mais tarde, o Instituto de Direito Internacional ditou as Normas sobre o Procedimento de Conciliação Internacional, aprovadas em 11 de setembro de 1961 (1997, p. 183).

A Carta das Nações Unidas elencou em seu art. 33, inc. 1º, a Conciliação como um dos métodos pacíficos para solução de conflitos internacionais e, por fim, restou consagrada em 1982, pela Declaração de Manila para a Composição Pacífica de Controvérsias.

Para Ivan Aparecido Ruiz, a Conciliação tem fontes romanas, especialmente pelo Direito Canônico que delegava ao juiz a responsabilidade, como terceiro imparcial, de levar e motivar as partes que não conseguiram, por si só, solucionar a questão, à reflexão sobre as desvantagens do processo, a fim de que chegassem a um consenso e ao fim da demanda. (RUIZ e GONÇALVES, 2011, p. 53-80).

O Código de Direito Canônico ainda hoje prevê que a Conciliação deve ser incentivada extrajudicialmente pelos Bispos e, sempre que possível, a qualquer momento do processo, deve ser tentada pelo Juiz, conforme consta em seu Livro VII, no Título III, Capítulo I, Cân. 1.446, §§ 1º e 2º.³²

³² Cân. 1446 - § 1. Todos os fiéis, a começar pelos Bispos, se esforcem com diligencia para que, salvaguardada a justiça, quanto possível se evitem os litígios entre o povo de Deus, e se resolvam pacificamente com rapidez. § 2. O juiz no início da lide, e mesmo em qualquer momento, sempre que vislumbrar uma esperança de bom êxito, não deixe de exortar e auxiliar as partes, para que de comum acordo procurem uma solução justa para a controvérsia, e indique-lhes os caminhos apropriados para tal fim, recorrendo até a pessoas ponderadas como

Com o fortalecimento do Estado Moderno e da teoria da divisão dos poderes de *Montesquieu*, o mundo ocidental passou a enxergar o Poder Judiciário como a única fonte de solução de conflitos de interesses. Desta forma, o Poder Judiciário passou a ser idealizado como o modo mais perfeito, mais adequado para solução dos conflitos. A respeito do fenômeno, Petronio Calmon explica:

A preponderância da jurisdição estatal como meio de solução dos conflitos se explica diante da convicção de que tais garantias, dentre outras, são exercidas e respeitadas em sua plenitude. Este sentimento de exaltação da justiça estatal seria fruto do mito da justiça, a crença das partes de que tem um juiz respeitável e compassivo deliberará e tomará a decisão correta e justa. Como, normalmente, cada litigante crê que seu interesse é legítimo, espera que o juiz adjudique sua posição (CALMON, 2012, p. 34).

Os processualistas, estudiosos e toda a sociedade, todavia, deparam-se, na atualidade, com a incapacidade do Poder Judiciário de absorver todos os conflitos de interesses decorrentes da sociedade pós-contemporânea, decaindo em credibilidade e eficiência.

Desde meados da década de 1950 iniciaram-se movimentos em várias partes do mundo para ampliar o acesso ao Poder Judiciário, buscando-se a igualdade em termos econômicos e técnicos, de agilidade processual e efetividade na prestação dos serviços, os quais foram chamados de ondas renovatórias por Cappelletti e Garth (2002, p. 12).

Esses movimentos proporcionaram maior ingresso no Poder Judiciário, com uma avalanche de ações, principalmente dos menos abastados, bem como as questões envolvendo direitos coletivos; mas, geraram também uma crise administrativa que eclodiu em lentidão e alto custo dos processos que tramitam perante o Poder Judiciário, fazendo com que os estudiosos do Direito buscassem outras formas – não judiciais –, para derrubada dos obstáculos à justiça àqueles que vão à busca da tutela jurisdicional, ou melhor, do acesso à justiça.

Instigadas, principalmente, por estudos e conferências realizadas na Universidade de Harvard, surgiram inúmeras reflexões sobre a necessidade de retornar a utilização de métodos de solução de conflitos de interesses não judiciais, denominados por Frank Sander de *Alternative Dispute Resolutions* desde 1976 (SANDER, 1976, p. 111).

Gladys S. Álvarez relata que durante as últimas décadas, nos EUA, em menor grau, Canadá, Austrália e Nova Zelandia experimentaram uma proliferação de programas de resolução de conflitos alternativos ao processo judicial. Na América Latina apenas na década

de 1990 é que se iniciaram os programas de MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos de interesses) e tem ocupado importante lugar na reforma do Poder Judiciário. Nesta esteira, a Universidade de Harvard, alguns países da Europa e da América Latina, como a Argentina, saíram à frente e investiram em estudos de técnicas de Negociação, Conciliação e Mediação como instrumentos de acesso à justiça (ÁLVAREZ, 2003, p. 25).

Insta observar que os métodos alternativos à jurisdição não pretendem substituí-la, mas, sim, contribuir para a pacificação social e, conseqüentemente dar às pessoas um maior e melhor acesso à justiça. Quando se trata da evolução da justiça imposta para a justiça consensual, Francois Tulkens afirma que: “não se trata de intervir menos, mas de intervir melhor” (Apud, Calmon, p. 175).

Muitos estudiosos, ao comparar o *método heterocompositivo* estatal com os *métodos autocompositivos*, alegam como uma das vantagens da utilização dos últimos, a preocupação ou responsabilidade com a extinção dos motivos da animosidade/descontentamento das pessoas envolvidas em conflitos de interesses, uma vez que cumprem uma função sócio-psicológica e supralegal que resgata a pretensão de pacificação social (RUIZ e GONÇALVES, 2011, p. 53-80).

3 ENFOQUE ESPECIAL DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS: CONCILIAÇÃO

O presente escrito tem por escopo principal analisar o método atinente a Conciliação por entender-se que, dentre os demais *métodos autocompositivos*, é o que possui mais intimidade com o processo judicial, embora o termo tenha significado amplo, podendo ser usado como instrumento que põe fim amigavelmente ao conflito de interesses ou como o próprio resultado obtido.

No ordenamento jurídico brasileiro a Conciliação é uma herança portuguesa, pois antes mesmo da independência do Brasil, quando permaneciam em vigência as Ordenações do Reino, em especial, as Ordenações Filipinas, de 1823, previa-se a utilização da Conciliação em seu Título III, XX, § 1º. A Constituição do Império de 1824, conforme dispunha em seu art. 161³³, elevou a Conciliação ao patamar constitucional tornando-a obrigatória e requisito prévio para ingresso do processo (RUIZ e GONÇALVES, 2011, p. 53-80). A tentativa de conciliação prévia tornou-se obrigatória para assuntos comerciais com a promulgação do Decreto 737/185, conhecido como Regulamento 737, sendo que a ausência de tentativa de

³³ “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.

conciliação era considerada motivo de nulidade processual. Nesse período a Conciliação tinha um caráter de juízo prévio e era realizada perante o Juiz de Paz, o qual não tinha competência para decidir judicialmente a demanda (RUIZ e GONÇALVES, 2011, p. 53-80).

Em 1876 a Consolidação de Ribas ou Consolidação das Leis do Processo Civil, tratou da tentativa da conciliação como uma obrigatoriedade para causas incidentes (embargos de terceiros etc) e as preparatórias (protestos), sua não realização também importava em nulidade do processo. No período Republicano, o Decreto 359/1890 extinguiu a obrigatoriedade da conciliação prévia, sob o argumento de que era custosa e não atingia os resultados esperados. Alguns Estados continuaram estimulando a tentativa de Conciliação, a exemplo do Rio Grande do Sul (RS), onde os juízes deveriam homologar, dentro de sua competência, os compromissos feitos entre pessoas capazes de contratar (RUIZ e GONÇALVES, 2011, p. 53-80).

Posteriormente, a Conciliação voltou a ser adotada em determinados procedimentos como obrigatória e em outros a sua tentativa é facultativa e abrange quase todas as áreas do Direito, civil, trabalhista e até penal, como prevê o art. 125, inc. IV, do CPC de 1973: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Importante ressaltar, também, que, atualmente, a tentativa de Conciliação vem sendo muito incentivada pelo Estado Brasileiro como Política Pública, na forma extrajudicial³⁴, igualada em termos de terminologia e técnica à Mediação, vez que o texto da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trata ambos os métodos como sendo a mesma coisa.

Destaca-se que tratar a Mediação e a Conciliação como mesmo instrumento é um equívoco, pois cada instituto tem suas peculiaridades, além de que cada tipo de conflito de interesses exige tratamento diferenciado para atingir o seu maior objetivo que é o de pacificação social e não apenas findar a lide processual.

Juan Carlos G. Dupuis afirma que a Conciliação possui dois sentidos, o primeiro é amplo ou genérico, de acordo com o qual a Conciliação é todo advento entre duas ou mais pessoas que sustentam posições diversas, ainda dentro desta concepção poderá ser judicial ou extrajudicial, pré-processual ou endoprocessual. De acordo com o referido autor, tecnicamente, a Conciliação pode ser entendida como forma anormal, regulamentada nas leis processuais, de extinção do processo. Assim, por meio da Conciliação põe-se fim a

³⁴ Observe-se que para nós isso é Mediação e não Conciliação, como se demonstrará adiante.

controvérsia, exigindo-se o consenso entre as partes, a intervenção de um juiz ou autoridade legal e que haja homologação judicial (DUPUIS, 2001, p. 25).

Sobre a natureza jurídica da Conciliação, Vicente Grego Filho ensina que a Conciliação é um negócio jurídico processual feito diretamente entre as partes e que resulta em transação; é, portanto, ato jurídico processual complexo, vez que depende da vontade das partes e da homologação do juiz (RUIZ, 2005, P. 51-74).

Com relação a classificação da Conciliação, a doutrina não é uniforme. Para Ivan Aparecido Ruiz a Conciliação é sempre endoprocessual, conforme salienta:

A despeito de posições em contrário, para nós, segundo o Código de Processo Civil, a conciliação seria somente endoprocessual, pois ela, na forma como vem posta, é sempre ato do juiz. E este, no aspecto jurisdicional, somente exerce suas funções no processo, pelo que não se poderia falar em conciliação extrajudicial. O que a doutrina entende como conciliação extrajudicial trata-se de mediação. [...] Muito embora a doutrina afirme de forma abundante em conciliação extrajudicial, pensa-se que, no caso, não se está diante do instituto da conciliação, mas sim, frente ao instituto da mediação. Reserva-se, assim, o termo mediação para a tentativa da solução do conflito de interesses quando esta ocorrer de forma pré-processual. [...] Para nós, portanto, pensa-se que quando se tratar de tentativa de solução de conflito de interesses antes da existência de um processo, na fase pré-processual (extraprocessual), está-se diante da mediação. Ao revés, quando a tentativa de solução da lide ocorrer dentro do processo (endoprocessual) está-se diante da conciliação (RUIZ, 2005, P. 51-74).

Na Conciliação, a figura do terceiro é fundamental, sendo o mesmo responsável por auxiliar as partes no decorrer do procedimento. Segundo o ordenamento brasileiro o conciliador deve ser o próprio Juiz da causa, sendo autorizada a sua substituição nos Juizados Especiais Estaduais e Federais pelo Juiz *Leigo* ou *Conciliador*³⁵, ou qualquer serventuário público nomeado pelo Tribunal, conforme a Lei Federal n. 9099/95 e 10.259/2001.

Cândido Rangel Dinamarco explica que o conciliador:

[...] não exerce jurisdição, como se dá com o conciliatore do processo civil italiano. Mas é vital e indispensável a sua tarefa num Juizado Especial de Pequenas Causas [no novo Juizado Especial também]. Age como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz e sob sua superior orientação.

O conciliador não pode impor a sua vontade e muito menos manipular as partes a fazerem o que está previsto em lei; assim, não decide, não julga, devendo atuar com imparcialidade e neutralidade.

Deverá, ainda, o conciliador participar ativamente da comunicação, pois tem como tarefa estimular as partes a falarem a respeito do conflito de interesses, provocando a escuta

³⁵ Confira-se o art. 7º, da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, *in verbis*: “Art. 7º. Os conciliadores e Juizes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência”.

recíproca e a identificação das posições e interesses das partes; auxiliar as partes a deixarem suas posições e partirem para uma negociação de princípios, contribuindo para que as mesmas identifiquem os reais interesses e encontrem soluções criativas e satisfatórias para ambas as partes conflitantes.

Segundo o entendimento de Leornad Riskin, professor em Harvard, o conciliador, assim como o mediador, poderá adotar uma postura facilitadora ou avaliadora. A primeira consiste em agir apenas como administrador da negociação entre as partes, estabelecendo regras básicas, facilitando o intercâmbio de informações, estruturando uma agenda e gerando a movimentação conforme vários meios, além de estruturar o fechamento das discussões, no segundo posicionamento, o conciliador aprecia as propostas e os argumentos substanciais das partes bem como pode recomendar termos de acordo (RISKIN, 2002, p. 87).

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sugere ao conciliador que adote a postura avaliadora, podendo fazer propostas, ou seja, contribuindo na elaboração de soluções criativas, tomando o cuidado para não impor as suas sugestões às partes.

Aldemir Buitoni diferencia ainda o modo de atuação do conciliador de acordo com o grau de profundidade que adentra ao conflito de interesses, a saber:

O conciliador, seja juiz ou não, fica na superfície do conflito, sem adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Não há preocupação de ir com maior profundidade nas questões subjetivas, emocionais, nos fatores que desencadearam o conflito, pois isso demandaria sair da esfera da dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia (BUITONI, 2010).

O Juiz, em se tratando de tentativa de conciliação, não pode atuar arbitrariamente, aproveitando-se de sua posição de autoridade para impor a sua vontade as partes, como por exemplo, antecipando o seu julgamento na composição das partes, devendo, ao revés, ser imparcial, equilibrado, moderado. Segundo entendimento de Nelson Nery Junior:

Essa função conciliadora, exercida pelo juiz, é de vital importância para a presteza e rapidez na entrega da prestação jurisdicional. Sendo o juiz figura imparcial na relação jurídica processual, equidistante das partes, tem toda condição, com sua autoridade, de fazer-se mediador entre as partes. Quando os ânimos dos litigantes estão acirrados e, aliado isto ao fato de seus procuradores, como é curial, serem parciais na defesa dos interesses de seus constituintes, fica difícil a conciliação por iniciativa das partes. O juiz, com sua serenidade e autoridade, pode propor a conciliação, que deverá ser recebida com naturalidade pelas partes interessadas (NERY JUNIOR, 1995, p. 33-34).

Na tentativa da conciliação, o sucesso do procedimento depende também da boa-fé e atuação do advogado, levando-se em consideração que na maioria dos procedimentos

judiciais é uma figura obrigatória para a postulação em processo judicial³⁶, devendo esclarecer a parte sobre as vantagens da autocomposição.

Segundo o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), art. 2º, inc. VI e VII, é dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios e aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial. Embora o Código de Ética da OAB fale em “Conciliação”, entende-se que no caso trata-se de “Mediação”.

Tem sido comum na postura dos conciliadores brasileiros, em virtude de ausência de treinamento adequado, de compreensão da importância de sua função e para cumprimento de metas estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o exercício de pressão e coação para que as partes celebrem o acordo. Tal atitude é lamentável e não reflete a essência da Conciliação.

Assim, pode-se afirmar que Conciliação não é perguntar se o acordo já foi obtido, explorar as desvantagens da passagem judiciária, intimidar e pressionar, prejudicar e comprometer a imparcialidade (SALLES, 2012, p. 167).

Galeno Lacerda afirma que os métodos extrajudiciais de solução de conflitos resultarão no cumprimento da obrigação ou na renúncia, sendo que nestas duas situações as partes compõem diretamente seu conflito de interesses, ou então, na *transação*, que é a forma contratual em que ambas estabelecem concessões recíprocas (LACERDA, 2008, p. 79).

4 TRANSAÇÃO COMO RESULTADO DA CONCILIAÇÃO

Negócio jurídico contratual, a transação não se confunde com outros meios procedimentais ou técnicas de solução de conflitos de interesses como a Mediação ou a Conciliação em que se tem um terceiro imparcial e neutro, responsável em auxiliar as partes na comunicação e na busca por uma solução adequada ao conflito, a qual poderá resultar em *renúncia*, *submissão* ou *transação*.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 627) destacam que Conciliação e Transação não se confundem, vez que conciliar traduz o término do próprio litígio; assim, quando processualmente alcançada, pode ser celebrada por intermédio de transação, que passa a ser seu conteúdo.

³⁶ Não é por outra razão, que se tem aí o que se chama *capacidade postulatória*, como *pressuposto processual*.

Desta forma, a transação também se projeta processualmente, pois como entende Juan Carlos G. Dupuis é uma das formas de se extinguir anormalmente o processo como o faz a Conciliação:

Y si bien se trata de uns instituto de derecho de fondo, tiene grandes proyecciones procesales, puesto que desde esta última óptica, es también uno de los modos anormales de terminación del proceso. Tiene una fuerza similar a La de La cosa juzgada y al igual que la conciliación, para su cumplimiento habrá de recurrirse al procedimiento previsto para la ejecución de las sentencias (DUPUIS, 2001, p. 25-26).

Como mencionado, a Transação tem tradição no âmbito civil, atualmente no contexto dos contratos, sendo regulamentada nos arts. 840 a 850 do Código Civil brasileiro de 2002, e se limita a prevenir ou resolver litígios relativos a direitos privados, econômicos ou sociais disponíveis, desde que a lei não vede a autocomposição. A finalidade primordial da Transação é a de obstaculizar a chegada ao Poder Judiciário, ou pôr fim, por decisão conjunta, a uma demanda que transite no mencionado Poder.

Silvio de Salvo Venosa diferencia o conceito técnico de Transação da expressão utilizada leigamente no cotidiano:

No sentido vulgar, trazido pelo dicionário, entende-se por transação: combinação, convênio, ajuste ou operação comercial (Ferreira 1975:1407). Não há como fugir à força popular do vernáculo. No entanto, empregado no sentido estritamente originário e técnico, compreende a composição que fazem as partes, nos termos expostos pela lei, mediante concessões recíprocas (VENOSA, 2008, p. 271).

A transação, portanto, implica em uma troca, ambas as partes perdem e ganham, abrem mão de algo, se houver a renúncia ou a submissão completa não se está diante do instituto da Transação.

Petronio Calmon conceitua Transação como a realização de acordo mediante concessões recíprocas, sendo, portanto, um dos resultados possíveis na autocomposição e para evitar deturpações na conceituação do instituto, e mencionando Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, esclarece que:

[...] o vocábulo transacção, embora encerre um sentido lato, querendo significar “qualquer accommodation entre as partes sobre um direito litigioso ou incerto que ella tende a fixar”, possui sentido mais restrito [...] é um “acto jurídico bilateral, pelo qual, fazendo recíprocas concessões, as partes extinguem obrigações também recíprocas” (CALMON, 2012, p. 59).

Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 272) elenca alguns elementos essenciais para a validade da Transação, quais sejam: a) acordo bilateral entre as partes legitimadas, isto é, a

convergência de vontades; b) controvérsia com respeito à relação jurídica, ou seja, as dúvidas que as partes têm a respeito da obrigação; c) ânimo de extinguir as dúvidas, com intuito de evitar ou pôr fim a demanda; d) concessões mútuas entre as partes, assim, ambas as partes deverão abrir mão de algum direito para que se firme a Transação.

Ainda sobre o assunto Flávio Tartuce (2014, p. 841) afirma que “se ambas as partes não cedem, não há que se falar em transação. Se não há essas concessões mútuas ou recíprocas, não está presente a transação, mas um mero acordo entre as partes”.

Quanto à natureza jurídica da Transação, extrai-se do art. 842 do Código Civil brasileiro de 2002 que se trata de um contrato bilateral, consensual e comutativo e que deve ter como objeto apenas direitos obrigacionais de cunho patrimonial e de caráter privado.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 631-632) explicam que a Transação pode ser extrajudicial ou judicial. Será extrajudicial quando prévia a instauração da ação, buscando na verdade, evitá-la e será judicial quando a demanda já tiver sido aforada.

A Transação judicial poderá ser realizada por meio da utilização da tentativa de conciliação, assim, o seu objeto será o mesmo passível da conciliação.

Destaca-se que, segundo o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 841, somente direitos patrimoniais de caráter privado é que poderão ser objeto da transação. Assim, os direitos indisponíveis relativos ao estado e à capacidade das pessoas, os direitos puros de família e os direitos personalíssimos não podem ser objeto de transação.

5 BREVE ENFOQUE NOS DIREITO DA PERSONALIDADE

5.1 A EVOLUÇÃO ONTOLÓGICA DO CONCEITO DE PESSOA, PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O cerne da discussão sobre a possibilidade de se transacionar sobre conflitos que envolvam direitos da personalidade envolve questão referente ao grau de disponibilidade desses interesses. Para se alcançar a compreensão da legitimação de atos de disposição de bens da personalidade deve-se analisar a conceituação dos termos pessoa e dignidade da pessoa humana, vez que se trata de tarefa árdua em virtude da esfera cultural e histórica que os compõem.

Desde a antiguidade buscam-se adjetivos que concedam a pessoa a especialidade e superioridade que justifiquem uma tutela plena e igualitária de seu ser pelo Direito. Destarte, o conceito atual de pessoa, personalidade e dignidade da pessoa humana advém de um

processo de evolução filosófico, teológico e jurídico de muitos séculos, iniciando-se no período da antiguidade clássica, tendo como destaque a tradição judaico-cristã, o iluminismo e os movimentos filosóficos e jurídicos do Pós-segunda Guerra Mundial.

A antropologia clássica enxergava o homem como uma parte do Universo, que deveria sacrificar a sua individualidade em face da universalidade, impedindo a criação da noção de pessoa eivada de realidade ontológica. Na Grécia antiga somente a *polis* tinha direitos, e não o indivíduo, assim, para que obtivesse alguma pretensão satisfeita, o cidadão teria de relacioná-la ao interesse da *polis* (BECERRA, 2011, p. 12).

Luis Roberto Barroso (2013, p. 13) relata que desde a Roma antiga até o nascimento do Estado Liberal a dignidade da pessoa estava relacionada à posição política ou social derivada, a princípio, da titularidade de determinadas funções públicas.

Na antiguidade, tanto na Grécia quanto em Roma, o termo pessoa servia apenas para diferenciar o indivíduo da coletividade, a princípio, não havia a definição de pessoa como um ser individual e relacional que precisa ser tutelado juridicamente. Como observa Diogo Gonçalves:

Surgindo no contexto do teatro, a palavra pessoa começa por designar a máscara utilizada pelos actores em cena. Rapidamente, a evolução semântica conduz à identificação do conceito de pessoa já não com a máscara mas antes com a própria personagem representada de personagem do teatro, pessoa passará a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da polis grega, representa o seu papel. Todavia, não se julgue que referir ao conceito de pessoa a noção mais ou menos clara de indivíduo, equivale, no pensamento antigo, a reservar-lhe algum conteúdo ôntico preciso. (...) A verdadeira utilidade do conceito de pessoa está pois, antes de mais, na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. A sua individualidade revela-se, neste contexto, um papel, uma máscara viva no palco do mundo, mas não mais do que isso (GONÇALVES, 2008, p. 21).

Nesta seara, restrito o conceito de pessoa, a tutela dos Direitos da Personalidade também era limitada. Elimar Szaniawski (2005, p. 24-25) explica que no Direito Romano a expressão personalidade estava vinculada aos indivíduos que possuíssem *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*, ou seja, a proteção da personalidade do homem era restringida pela posição que o indivíduo ocupava na sociedade.

Neste período, os Direitos da Personalidade eram reconhecidos e tutelados pela *actio iniuriarum*, a qual assumia a feição de uma verdadeira cláusula geral protetora da personalidade do ser humano e se pautava sobre o seguinte tripé: repúdio a injustiça, coibição de atos de excesso e de insolência de uma pessoa contra outra (SZANIAWSKI, 2005, p. 24-

25). Todavia, essa proteção não era para todos, mas, principalmente, para os cidadãos romanos.

O pensamento estoico, surgido na Grécia no período da antiguidade clássica e expandido e desenvolvido também em Roma até o final do Império, propagava a ideia de igualdade entre os homens em virtude de todos serem dotados de razão. Defendia-se um tratamento misericordioso para com o escravo, considerando que o mesmo, em termos de humanidade, era semelhante aos demais – homens livres – pois, todos nascem, respiram e morrem, sendo inaceitável, portanto, o tratamento cruel para com o escravo. Ingo Wolf Sarlet (2009, p. 32) menciona que os estoicos trouxeram a dignidade como uma qualidade dissociada do cargo ou posição social e sociopolítico ocupados pelo indivíduo, reconhecendo que a dignidade é inerente a todos os seres humanos como fator diferencial das demais criaturas uma vez que o homem é livre e responsável por seus atos e seu destino.

A antropologia cristã, entretanto, destaca-se em termos de desenvolvimento da conceituação da dignidade da pessoa humana, sustentando que o homem possui dignidade por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, bem como, pela voluntária crucificação de Jesus Cristo em favor da humanidade. Este período trouxe grandes avanços para o conceito de pessoa, valorizando-se o homem como indivíduo dotado de inteligência, memória e vontade, conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade (SARLET, 2009, p. 34).

Neste período, os Padres recorreram à gramática filosófica do pensamento greco-latino, procurando nele conceitos, estruturas, dimensões explicativas que se adaptassem à verdade revelada e a permitissem compreender o conceito de *persona* como uma realidade ontológica (BARROSO, 2013, p. 23).

Assim como Tomás de Aquino, Giovanni Pico della Mirandola, no período renascentista, pautava a concepção de superioridade e grandeza do homem em relação aos demais seres vivos sobre a capacidade – dada por Deus – de ser seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que quer e deseja (SARLET, 2009, p. 34).

O iluminismo também trouxe grandes contribuições nessa área por meio da busca da razão, do conhecimento e da liberdade. Hobbes, Locke e Rousseau (ideias de direito natural,

liberdade e democracia), tiveram papel fundamental no desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa, tendo ainda Immanuel Kant como um revolucionário na criação de um complexo sistema de pensamento a respeito da razão e do valor singular do homem diante dos demais elementos da natureza (BARROSO, 2013, p. 18).

Foi em Kant, entretanto, que a dignidade da pessoa humana encontrou um de seus maiores expoentes, completando a secularização do conceito, afastando a vinculação com a religião. Para Kant, o homem, detentor da razão, deve criar, por sua autonomia de vontade, as suas máximas de comportamento moral, as quais devem ser conscientemente criadas de forma a serem desejáveis e aplicadas por toda a sociedade, criando um conceito para dignidade:

A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como *legisladora*, porque de outra forma não podia pensar-se como *fim em si mesmo*. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento* (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade* (KANT, 2007, p. 77).

Segundo Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 25) a antropologia moderna trouxe uma pluralidade e complexidade de correntes para conceituação de pessoa diferentemente da simplicidade da antropologia cristã. Ressalta, ainda, que a antropologia moderna fez relevante alteração na noção de pessoa, pois destaca uma realidade psíquica, emotiva e subjetiva, colocando-se de lado o conteúdo ontológico, gerando nesse momento histórico a antropologia da subjetividade.

Deve-se, todavia, destacar que embora já houvesse uma valorização da pessoa por filósofos, teólogos e demais pensadores somente com os resultados devastadores da Segunda Guerra Mundial é que se destacou a necessidade de se incluir a tutela da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos, inicialmente nos tratados internacionais e depois nas constituições dos Estados.

Wilson Donizeti Liberati esclarece que somente após a II Guerra Mundial o homem passou a ser o principal alvo do Estado, não apenas os seus bens patrimoniais, mas o próprio

ser humano como indivíduo que nasceu com uma finalidade, não apenas de sobrevivência, mas de viver uma vida digna, cabendo também ao Estado proporcionar-lhe condições de alcançar a sua realização pessoal e social. Assim, no Estado Constitucional, a dignidade da pessoa humana torna-se pedra angular de todo o sistema jurídico bem como justificativa para a restrição do poder público, abrigando a pessoa de eventuais abusos contra quaisquer de seus direitos e garantias fundamentais (AGOSTINHO e HERRERA, 2011, p. 25).

Necessário ressaltar que a conceituação de personalidade oriunda da teoria da personalidade dos séculos passados não se coaduna com a Pessoa e a sociedade do século XXI.

Desta forma, após traçar a evolução do conceito de pessoa na história do pensamento antropológico e da análise estrutural da realidade humana, Diogo Costa Gonçalves delimita os conceitos de pessoa e personalidade, para então, identificar o conteúdo normativo da tutela geral da personalidade. Para o autor, em sentido real (densidade ontológica da pessoa e da personalidade humana):

Pessoa é aquele ente que em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva.
Personalidade é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular. Teríamos assim por satisfatória toda a definição de personalidade que considerasse, no seu texto, os acidentes intrínsecos qualidades e relações”.

Roxana Cardoso B. Borges faz uma crítica sobre a utilização da conceituação de personalidade do século XIX, a qual era claramente prevista no Código Civil brasileiro de 1916, em contraponto a realidade atual:

A noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito era tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significava nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhecia a potencialidade de participar das relações jurídicas, a potencialidade de adquirir direitos e deveres. O conceito de personalidade jurídica esteve, dessa forma, ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ele pudesse vir a ocupar em dada relação jurídica. Assim, o homem, ao ser dotado de personalidade jurídica, não era considerado como ser humano dotado de dignidade, mas apenas como parte numa relação, um dos polos num vínculo tecnicamente previsto que ligava um lado a outro, atribuindo a esses polos direitos e deveres técnicos (jurídicos) (BORGES, 2009, p. 09).

Os direitos da personalidade, portanto, são aqueles próprios do ser humano, decorrentes da personalidade e condição humana e protegem os bens inerentes a pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o

direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Logo, são os bens jurídicos mais fundamentais à existência da pessoa (BORGES, 2009, p. 21).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elencou ao patamar constitucional, em seu art. 1º, inc. III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático Brasileiro e qualidade intrínseca à pessoa. Com efeito, não se pode negar que o reconhecimento deste princípio gerou mais uma evolução na conceituação da personalidade.

Luiz Roberto Barroso busca trazer a compreensão do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana sob seus aspectos filosófico, jurídico e social. Filosoficamente, o elemento ontológico da dignidade humana estaria relacionado com a natureza do ser, ou seja, é o conjunto de características que são inerentes e comuns a todas as pessoas, conferindo-lhes destaque especial e superior diante de outras espécies, tendo em vista a inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar, portanto, essas características não podem jamais ser perdidas ou transferidas (AGOSTINHO e HERRERA, 2011, p. 76-77).

Para o autor supramencionado, no âmbito jurídico, o valor intrínseco estaria pautado na origem dos direitos fundamentais, dentre os quais são essenciais o direito à vida, à integridade física e psíquica e a igualdade perante a lei e na lei (2011, p. 77-80). Como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana deve nortear todo o ordenamento jurídico, caracterizando-se como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (POMIN, BUENO e FRACALOSSO, 2012, p 36).

Ingo Wolf Sarlet ressalta sobre a dificuldade em se conceituar juridicamente a dignidade da pessoa humana apontando as diferenças culturais e sociais de cada país, observando que mesmo sendo preexistente e anterior ao Direito, uma conceituação jurídica é necessária para que a dignidade possa ser protegida e promovida pelo Estado. Embora não se considere ainda como o conceito ideal, vale destacar a conceituação de dignidade da pessoa humana proposta pelo referido autor:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2009, p. 67).

Percebe-se no conceito acima a presença da autonomia, da vontade e capacidade humana de decidir a respeito de seu próprio destino, ou seja, tem-se a autonomia, como

elemento ético da dignidade humana, sob a noção de autodeterminação. No aspecto pessoal, essa autonomia representa o livre exercício da vontade por cada indivíduo, em conformidade com seus próprios valores, interesses e desejos.

Segundo Luis Roberto Barroso (2013, p. 82) a autonomia no aspecto pessoal pode ser definida como a “capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.” Luis Roberto Barroso esclarece que a autonomia privada, pública e o mínimo existencial são elementos distintos. A autonomia privada representa as liberdades individuais, é o autogoverno do indivíduo, fundamentada nas liberdades civis, no Estado de direito e na proteção contra interferência estatal abusiva, a exemplo tem-se a liberdade de religião, expressão e associação, direitos sexuais e reprodutivos etc. A autonomia pública está relacionada a cidadania e participação na vida política, é a concepção de que o cidadão tem direito de participar do governo direta ou indiretamente, subentendendo-se que teve participação na criação das leis e assim, resguarda-se a sua autonomia.

De suma importância é o conceito do mínimo existencial que se relaciona ao mínimo social, ou seja, o direito básico as provisões necessárias para que se viva com dignidade, garantindo-se as necessidades vitais ao indivíduo. Com efeito, para que a igualdade não seja uma utopia, todas as pessoas devem ter garantidos o mínimo para sua sobrevivência e desenvolvimento, como educação básica, serviços de saúde, alimentação, água, vestuário e abrigo (BARROSO, 2013, p. 84-85).

Desta forma, conclui-se que o mínimo existencial está no núcleo da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais, portanto, cabe ao Estado proporcionar condições para que o indivíduo faça as suas escolhas de forma livre e independente, justificando-se a proteção constitucional aos pobres e as minorias (BARROSO, 2013, p. 87).

O elemento social da dignidade pode ser denominado de valor comunitário, ou seja, a dignidade humana ligada as relações sociais. No contexto exposto por Luis Roberto Barroso a expressão está relacionada a compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social e as normas impostas pelo Estado. Assim, a dignidade como valor comunitário destaca o papel do Estado e da comunidade na definição de metas coletivas e limitações sobre direitos e liberdades individuais a fim de se atingir a boa vida. Estas limitações sobre a autonomia pessoal estão pautadas sobre três objetivos: a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais compartilhados (BARROSO, 2013, p. 88).

Sendo assim, Ingo Wolf Sarlet destaca que:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo dispensável, é insubstituível, o que, como se verá mais adiante, não afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em alguma de suas facetas (SARLET, 2009, p. 47).

Elimar Szaniawski ao abordar sobre a dificuldade ou a impossibilidade de se conceituar a dignidade por se tratar de um conceito fluido, multifacetário e multidisciplinar, afirma que dignidade da pessoa humana sob a ótica jurídica tem sido conceituada como “um atributo da pessoa”, “o fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular”, o núcleo essencial dos direitos humanos (SZANIAWSKI, 2005, p. 140).

Com base na maioria dos doutrinadores e visando valorizar a proteção dos direitos da personalidade é que se difunde a ideia de indisponibilidade destes bens extrapatrimoniais, contudo, não se pode negligenciar a discussão sobre os atos de disponibilidade destes direitos valorizando-se, assim, a própria dignidade da pessoa por intermédio da autodeterminação.

5.2 ANÁLISE DA CONCILIAÇÃO E DA TRANSAÇÃO, NO PROCESSO CIVIL, ENVOLVENDO DIREITOS DA PERSONALIDADE

É recente, no meio acadêmico, a severa crítica aos doutrinadores tradicionais que apregoam a indisponibilidade dos bens da personalidade como uma característica imutável, contentando-se em reproduzir a conceituação de pessoa do início do século XIX, a qual não mais se coaduna em sua integralidade com a complexidade e a realidade da sociedade pós-contemporânea.

Miguel Ángel Banegil Espinosa explica que:

La indisponibilidad se refiere a que uno no puede libremente comerciar o transmitir o renunciar a estos derechos, lo que ocurre es que en algunos casos cabe la renuncia al contenido material o parcial – que no ideal – de los mismos o su comercio, siempre que no vayan contra la moral, la ley o el orden público (derecho a la propia imagen) (2007, p. 334).

Com efeito, necessário lembrar os inúmeros casos em que bens da personalidade, como o nome, a imagem, a privacidade etc. são cedidos para, por exemplo, vinculação a determinada marca ou programas de *reality-show* em troca de fama ou de rendimentos econômicos.

O ato de disposição, de acordo com Fernanda Cantalli (2009, p. 161), é aquele que enfraquece uma posição jurídica subjetiva protegida por uma norma de direito fundamental, ou seja, é quando o titular do bem da personalidade decide abrir mão – por meio de consentimento - dessa tutela prestada pelo ordenamento jurídico.

Para melhor compreensão do tema, Fernanda Cantalli (2009, p. 161) destaca a necessidade de se analisar a expressão “consentimento”, vez que criada em um contexto Liberal, definida como a manifestação de vontade resultante da liberdade e autonomia que a pessoa tem para a administração de seus próprios interesses. Contextualizando-se, torna-se evidente que a referida expressão foi estruturada para a prática de atos de natureza patrimonial, permitindo o pleno exercício da vontade negocial, que era protegido apenas contra vícios extrínsecos como dolo, coação e fraude.

Conforme dispõe a referida autora, o consentimento pautado no individualismo e no patrimonialismo não satisfaz a atual realidade social e cultural, sendo necessário considerar também o exercício da autodeterminação dos interesses pessoais, cuja autonomia deverá ter como fundamento a garantia da dignidade da pessoa humana (CANTALLI, 2009, p. 161).

No presente estudo, importa abordar apenas os negócios jurídicos de conteúdo extrapatrimonial, pois são decorrentes de uma vontade autorregulada, onde uma ou mais pessoas se obrigam a efetuar determinada prestação jurídica colimando a consecução de determinado objetivo. Nestes casos, há presença incontestável da autonomia privada como pressuposto de todo ato negocial; assim, a autonomia estará mais ou menos acentuada conforme o tipo de negócio realizado (CANTALLI, 2009, p. 161).

Os atos de disposição que não geram efeitos econômicos possuem natureza de negócios jurídicos unilaterais, portanto, alguns bens da personalidade são disponíveis por vontade exclusiva do seu titular, como, por exemplo, quando a pessoa disponibiliza sua imagem ou faz a divulgação voluntária de informações pessoais na internet.

Com efeito, a manifestação de vontade será sempre unilateral, vez que intimamente ligada ao seu titular. Contudo, poderá ter caráter de declaração negocial unilateral ou contratual, gerando no último caso efeitos patrimoniais.

Importante destacar, e aqui não há espaço para a autocomposição, seja por meio da Conciliação, seja por intermédio da Mediação, que o ato restritivo sobre bens da

personalidade jamais poderá colidir com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Desta forma, para que esse consentimento esteja de acordo com o princípio da dignidade humana, deverá se pautar na autonomia e capacidade fundadas na informação clara sobre as consequências do ato, ou seja, além de voluntária, a decisão tem de ser consciente, resultante de um processo informativo que visa o perfeito entendimento do titular do direito sobre a extensão o seu ato.

E, ainda, para que seja considerada legítima, a revogação do ato de disposição ou do consentimento para restrição do direito do próprio titular deve ser possível a qualquer tempo. Entretanto, este direito de revogar a qualquer tempo e sem restrições o ato de disposição, não exime o seu titular de cumprir com o pactuado contratualmente, sendo passível de responder em termos de multa rescisória ou de danos, se a revogação estiver eivada de conduta abusiva (CANTALLI, 2009, p. 169-170). A respeito, Fernanda Cantalli argumenta que:

Portanto, mesmo que não se possa negar o direito à revogação do consentimento, já que a disposição forçada de um direito da personalidade fere frontalmente a dignidade humana, o princípio da boa-fé e da proibidade nas relações contratuais pode ser o fundamento para o dever de indenizar as legítimas expectativas da outra parte (2009, p. 169).

O que não se pode aceitar é que o titular do direito cumpra o contrato, dispondo de um bem da personalidade, sem a sua vontade consciente. Exigir judicialmente o cumprimento do contrato, só será possível quando estiverem em discussão interesses meramente patrimoniais; sendo assim, tal exigência não se coaduna aos contratos relativos aos direitos da personalidade.

Decorre daí a conclusão de que somente o titular do bem é que pode dispor do mesmo, bem como deve haver previsão legal disciplinando sobre a disponibilidade destes direitos com intuito de garantir a sua proteção integral contra qualquer violação, inclusive de seu próprio titular.

Concernente a tutela dos Direitos da Personalidade e sua positivação, Diogo Costa Gonçalves relata que no século XX, a partir da criação da categoria jurídica dos direitos de personalidade por doutrinadores e juízes alemães, com defensores e opositores do direito geral de personalidade, os quais, com fundamento no direito ao nome concebido pelo § 12.º do BGB, surgiram duas concepções acerca da tutela dos direitos sobre a própria pessoa (GONÇALVES, 2008, p. 77-78).

A primeira concepção ficou conhecida por *direito geral de personalidade*, e encontrou defensores em REGELSBERGER e GIERKE, por exemplo. Segundo esta concepção, o poder do sujeito sobre a sua própria pessoa configurava um direito

geral à livre actuação e manifestação da sua individualidade, em todos os sentidos e dimensões. Nesse *direito geral* englobavam-se, como é evidente, a conservação, o nome, a privacidade, mas não só. Na verdade, o direito geral de personalidade compreendia toda a manifestação da individualidade humana, ainda que não tipicamente considerada e só casuisticamente averiguada. Contra esta concepção se insurgia ENNERCCERUS. Não só chamava a atenção para a amplitude desmedida daquela figura, que podia colidir com o desenvolvimento de outras personalidades humanas, o que, no dizer do autor, "*obstaria ao progresso*"; como entendia desnecessária a formulação de um direito geral. A personalidade humana e as suas manifestações encontravam já tutela na própria lei civil, em normas de polícia e na legislação penal (GONÇALVES, 2008, p. 78).

No Brasil, vigorou de 1532 até o Código Civil de 1916, como herança dos colonizadores portugueses, a cláusula geral dos direitos da personalidade por meio da *iniura e actio iniurarium*, a qual foi substituída, por influência dos doutrinadores civilistas alemães, pelo silêncio do Código Civil brasileiro de 1916, quando então, os assuntos relativos à personalidade passaram a ser tutelados pelo Código Penal brasileiro de 1940 e por legislações extravagantes (SZANIAWSKI, 2005, p. 134-135).

A Constituição Federal de 1988 não trouxe uma cláusula geral expressa dos direitos da personalidade, elencando algumas categorias em seu art. 5º, como o direito à vida, a igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e ao direito de resposta, entre outros. Contudo, pode-se afirmar que adotou implicitamente uma cláusula geral dos direitos da personalidade quando prevê que a dignidade da pessoa humana é um dos componentes da base do Estado Democrático Brasileiro (SZANIAWSKI, 2005, p. 136).

O Código Civil brasileiro de 2002 prevê que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Portanto, havendo previsão legal disciplinando o ato, a disposição de um bem da personalidade será possível a transação e a conciliação tanto civil quanto penalmente.

Não se pode negligenciar o caráter patrimonial gerado por alguns direitos da personalidade, que na essência são bens extrapatrimoniais, e que assim, poderiam ser objeto de transação. Miguel Angel Banegil Espinosa esclarece que os direitos da personalidade não podem ser negociados, embargados ou expropriados, mas quando possuem um substrato econômico, como por exemplo, a venda da própria imagem, da intimidade, não se pode considerar ilícito os negócios sobre os mesmos, apenas se violarem a dignidade da pessoa humana.

E afirma:

Mi opinión es que no se puede renunciar a estos derechos de forma absoluta, si así fuese cualquier contrato em tal sentido sería nulo, y la declaración de nulidad retroactiva ex tunc, sin embargo, si parece conforme a los tiempos sociales actuales, que se negocien facetas pariales de la intimidad (piénsese em los programas televisivos de tan reciente actualidad, en los que se permite la grabación consentida de la vida diária en todo momento y situación). Esto es, no se negocia la fama como concepto ideal, sino el contenido material de la fama, como tampoco se contrata al hombre, aunque así se diga vulgarmente, sino sus servicios. El limite para la interpretación de la licitud de la renuncias a tales derechos debe estar en la dignidad humana constitucionalmente e internacionalmente reconocida, y que la duración de estos contratos este sujeta a limites, entre otros, temporales (MIGUEL, 2007, p. 335).

Desta forma, na tentativa de conciliação judicial civil – objeto de nosso estudo – é aceitável a transação de Direitos da Personalidade, dentro dos limites em que a mesma é possível, eis que cabe ao juiz propor a tentativa de conciliação a qualquer tempo, respeitando as proibições legais. O mesmo não ocorre com relação a transação contratual extrajudicial a qual está limitada neste aspecto, não podendo haver transação sobre Direitos da Personalidade, apenas sobre os seus efeitos patrimoniais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos autocompositivos vêm sendo utilizados pelos países de cultura ocidental como meios de acesso à justiça, principalmente após a década de 1970, quando os processualistas passaram a reconhecer as dificuldades do Poder Judiciário em atender a demanda de uma cultura litigiosa, gerando lentidão e alto custo, características contrárias à boa prestação jurisdicional.

Desta forma, esses métodos são incentivados extrajudicial e judicialmente, podendo as partes, a qualquer momento do processo, extinguirem a demanda por meio de Conciliação, instrumento autocompositivo objeto deste texto.

A tentativa da Conciliação possui algumas peculiaridades em relação aos demais métodos autocompositivos, como a grande afinidade ao procedimento judicial, vez que deve ser realizada por intermédio de um terceiro, que, via de regra, será o próprio juiz competente para o julgamento da lide, o qual tentará aproximar as partes para que cheguem a um consenso e, por si, alcancem a solução justa do conflito de interesses.

Ocorre que o nosso ordenamento também prevê a Transação como forma de prevenir ou extinguir uma demanda; contudo, como tem natureza contratual, as partes chegarão a um acordo sem auxílio de um terceiro imparcial. Caso o processo esteja em andamento e as partes

decidam transacionar, poderão submetê-la a homologação judicial e, então, resolver a lide com a chancela do Poder Judiciário.

Ressaltou-se no presente estudo, quanto a possibilidade do uso da tentativa de Conciliação e Transação em questões relativas aos Direitos da Personalidade, vez que estes bens possuem, conforme entendimento majoritário, a característica de indisponibilidade, ou seja, não podem ser negociados pelas partes em virtude do seu caráter extrapatrimonial.

Desmistificando, todavia, a indisponibilidade absoluta dos Direitos da Personalidade, verifica-se que existe uma relativização com relação a determinados bens, devendo-se diferenciar os efeitos patrimoniais que alguns deles poderão gerar, os quais sempre poderão ser transacionados.

Deve-se frisar que os bens da personalidade, quando objetos de ação e processo judicial, poderão ser transacionados por meio da tentativa da Conciliação desde que não haja proibição legal para tanto, pois sendo um método endoprocessual submete-se a fiscalização do Ministério Público, bem como conta com a homologação do próprio juiz que realizará a análise acurada do acordo proposto pelas partes, averiguando a ausência de prejuízo e de ofensa a lei ou a princípio, em especial, ao da dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar que o mesmo não ocorre quando a Transação é extrajudicial, vez que há proibição expressa de transacionar-se bens extrapatrimoniais, podendo-se observar a diferença entre o bem em si e os efeitos patrimoniais que dele podem emanar, para os quais a Transação é possível.

Assim, é correto falar-se em relativização da indisponibilidade dos Direitos da Personalidade, em especial quando a Transação, por meio da tentativa da Conciliação, trazer a valorização da dignidade da pessoa humana, destacando-se que tal apuração dependerá da análise do caso concreto, sendo inviável uma generalização a respeito do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, G. S. **La mediación y El acceso a justicia**. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003.

AGOSTINHO, L. O. V. HERRERA, L. H. M. **Tutela dos direitos humanos e fundamentais**: Ensaio a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. São Paulo: Boreal. 2011.

AZEVEDO, A. G. de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

AZEVEDO, A. G. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2013.

- BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BECERRA, A. A. A. **A intervenção dos direitos da personalidade na natureza jurídica das relações negociais e a responsabilidade civil da empresa por dumping social**. Dissertação apresentada como exigência parcial do Mestrado em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Maringá, 2011.
- BORGES, R. C. B. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª. ed. Saraiva, 2009.
- BUITONI, A. **Mediar e conciliar: as diferenças básicas**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17963>>. Acesso em: 24 out. 2014.
- CAHALI, J. F. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CALMON, P. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.
- CANTALI, F. B. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAPPELLETI, M. GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Reimpressão 2002.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CÓDIGO DE DIREITO CANÓNICO. Promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. Versão portuguesa. 4. ed. Revista. Lisboa: Conferência episcopal portuguesa. BRAGA: Editoria Apostolado da Oração. Disponível em: <[file:///D:/Documentos/artigos/codex-iuris-canonici_po%20\(1\).pdf](file:///D:/Documentos/artigos/codex-iuris-canonici_po%20(1).pdf)>. Acesso em 24.10.2014.
- DUPUIS, J. C. G. **Mediación Y conciliación**: mediación patrimonial y familiar. Conciliación laboral. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- FOLBERG, J. TAYLOR, A. **MEDIACIÓN**: Resolución de conflictos sin litígio. México: Limusa Noriega, 2002.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, D. C. **Pessoa e direitos de personalidade**: Fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina S.A., 2008.
- GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro - v. 1**: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Portugal: LDA, 2007.
- LACERDA, G. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEITE, C. H. B. **Curso de Direito processual do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MIGUEL, J. F. D. de. **Instituciones de Derecho Privado - Tomo I: Personas**. Vol. II. Espanha: Thomson Civitas, 2007.
- MILIA, F. A. **El conflicto extrajudicial**: Mediación, Arbitraje, Negociación. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1997.
- MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de direito privado - Tomo 26**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

POMIN, A. V. C.; BUENO, J. B. D.; FRACALOSSO, W. **Teoria Geral dos Direitos da Personalidade**. PR: Vivens. 2012.

RUIZ, I. A. A Autocomposição nas relações de família. *In: Revista Jurídica Cesumar*, v. 5, n. 1, p. 51-74, 2005.

_____. GONÇALVES, H. A. C. Da conciliação: Uma forma de efetivar a jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 53-80, jan./jun. 2011.

SALLES, C. A. de.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. da. [Coordenadores]. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método. 2012.

SANDER, F. E. A. **Varieties of Dispute Processing**. The Pound Conference. 70 Federal Rules Decisions, 1976.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2008.

YOKAICHIYA, C. E. [A transação como ato de disponibilidade de direitos transindividuais?](#) **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17, n. 3358, 10 set. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22581>>. Acesso em: 26 out. 2014.

A INTENSIFICAÇÃO DAS NORMAS ABERTAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

Rafael Xavier de Jesus³⁷

Alexandre Orion Reginato³⁸

1 INTRODUÇÃO

A tradição processualista tem, como dois de seus caracteres centrais, a primazia pela variedade procedimental, isto é, a amplitude de ritos processuais para diferentes possibilidades de resolução de casos concretos que versam sobre direitos materiais distintos e, também, a rigidez procedimental, que se traduz pela forma fechada, estanque, sem margem para alterações de relevo em seu trâmite.

É nesse contexto da ciência processual que o presente trabalho se dedica a estudar, analisando-o em cotejo com outras concepções do procedimento – e de sua importância – no processo. As formas devem ser de estrita aderência aos limites legais ou pode o juiz ter maior liberdade na condução do processo, por meio de opções procedimentais distintas? Esse é o problema explorado e cujas respostas, expostas com base na análise doutrinária, buscam se propor.

Assim, em um primeiro momento estuda-se os modelos tradicionais, conservadores da organização procedimental, os quais são denominados de padrões de *legalidade das formas*, suas raízes históricas (em breve digressão), que remontam ao positivismo em sua fase mais primeva – à opção pelas *fattispecies*, tipos de ritos para o processamento de temas distintos – paradigma de forte teor liberal, em sua acepção clássica, cujo objetivo era compelir o juiz ao cumprimento exato da norma exarada pelo Poder Legislativo, mediante a aplicação do método subsuntivo, sem quaisquer maiores ambições de conformação ou modificação procedimentais.

Logo após, passa-se à análise do modelo denominado de *liberdade das formas*, de constituição oposta ao padrão outrora mencionado: aqui, a jurisdição adapta-se, no

³⁷ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e mestrando em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR), na linha de pesquisa *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Professor das disciplinas de Direito Constitucional, Direito Tributário e Filosofia Geral e Jurídica na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Naviraí – MS.

³⁸ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e mestrando em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Direito na FINAN/UNIESP, em Nova Andradina - MS, e na FINAV/UNIESP, em Naviraí – MS. Bolsista da CAPES.

procedimento, às particularidades e peculiaridades do caso concreto, conferindo ao julgador maior poder de gerenciamento na condução e, conseqüentemente, na resolução dos feitos. Associa-se, pela literatura pesquisada, a maior aplicação de tal modelo em países da tradição do *common law*, menos abrangidos pela rigidez codificante da tradição *continental*, romana.

Conforme se avança na temática proposta, verifica-se que, no processo civil brasileiro, intentos de grande relevância caminham na relativização do modelo tradicional da legalidade das formas, abrindo-se espaço cada vez maior à conformação e adequação judicial dos procedimentos, sobretudo por intermédio dos institutos das normas abertas – permissivas normativas de adaptação no encaminhar dos ritos: alteração na ordem de produção probatória, outorga de prazos diferenciados à luz das especificidades do caso concreto, dentre outras flexibilizações.

Por fim, contrapõem-se argumentos pró e contra a intensificação do fenômeno acima referenciado e analisa-se, ainda que, de maneira breve e embrionária, a tratativa do tema pelo Novo Código de Processo Civil, cujo texto já fora aprovado nas duas Casas Legislativas da União, aguardando-se a sanção presidencial.

2 OS MODELOS PROCEDIMENTAIS TRADICIONAIS E A PREOCUPAÇÃO DA CODIFICAÇÃO PROPOSTA COM A ASSUNÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA QUANTO À ADEQUAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

2.1 Modelos Procedimentais: Legalidade das Formas e Liberdade das formas

É clássica a distinção entre processo e procedimento na literatura jurídica, sendo aquele *primeiro* o meio pelo o qual o Estado cumpre sua função de resolver conflitos, mediante a instauração de uma relação jurídica para tal fim, e, este *último*, o conjunto de regras que ditam o desenvolvimento dos atos processuais, com a fixação de prazos, ordem de realização – ocupa-se o procedimento, portanto, em dar *forma* à dita via institucional contenciosa, o *processo*.

No modelo *positivista exegético*, o *procedimento* traduziu-se em técnica que pretendia esgotar as possibilidades de atuação dos diferentes sujeitos processuais àquelas definidas *na norma*. A rigidez das *regras casuísticas* constituía o *fim* buscado pelo sistema positivo: a adoção de normatividade fechada, una e *autopoiética* e a consagração de códigos,

diplomas, estatutos legais que disciplinavam por tipos (*fattispecies*) os ritos processuais. Na seminal lição de Karl Engisch, expoente da *escola pandectista* alemã (2004, p. 228-229):

A casuística, também dita técnica da regulamentação por *fattispecie* é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados.

O modelo em questão – ou a sua ampla predominância enquanto paradigma normativo – é estrutura fundante do processo nos países de tradição latina e se enquadra, em nível mais amplo, no método dogmático-positivo exposto por Luis Warat (1995, p. 15-19): a *conceituação*, a *dogmatização* e a *sistematização*. Isso é dizer que a técnica casuística fixa-se como *dogma* na ciência jurídica positiva pela *extração de definições* das normas, assunção dos caracteres de *irrefutabilidade* e *universalidade* e, por fim, *reunião desses diferentes enunciados em grandes categorias* – sistemas – compondo-se complexos legais (códigos) que objetivam esgotar as possibilidades de condutas, direitos e deveres àqueles institutos previstos em seu próprio conteúdo.

Atribui-se à mencionada técnica de matiz positivista a denominação de *sistema da legalidade das formas procedimentais* (GAJARDONI, 2011, p. 163-164), modelo adotado como parâmetro normativo no Código de Processo Civil vigente (Lei nº 5.869/73). O *Código Buzaid* e muitas de suas ulteriores reformas se ocupam no regramento de distintos procedimentos (comum e especiais), por meio de suas numerosas subdivisões (sumário e ordinário – procedimento comum e os variados *tipos* no procedimento especial). A regulação casuística converte-se na adoção de ritos para a aplicação judicial do direito material, seguindo-se à premissa liberal da supremacia da lei.

Como contraponto ao modelo em questão – legalidade das formas – reconhece a literatura jurídica moderna o *sistema de liberdade das formas procedimentais*, oriundo de culturas jurídicas outras que não a latina (*civil law*) e (re)teorizado a partir das investigações da vanguarda processualista, na tentativa de trazer *alternativa* ao modelo anteriormente citado, por meio da assunção de uma postura ativa e empenhada das partes e, sobretudo, do Poder Judiciário na tutela de direitos e garantias fundamentais. Em definição à liberdade das formas como sistema procedimental, discorre Fernando Gajardoni (2011, p. 163-164):

No sistema de liberdade das formas não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática de atos processuais, tampouco há disciplina legal dos prazos, competindo aos

sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado, bem como o tempo para tanto.

Cuida-se o modelo em análise, portanto, de permissiva à criação de procedimento *livre, proposto e composto* pelos sujeitos processuais, sendo *flexível* à realidade das demandas concretas.

Em verdade, apesar de o modelo pátrio ser historicamente vinculado ao *sistema de legalidade das formas procedimentais* que, como dito, dá base ao padrão adotado pelo Código de Processo Civil vigente e demais diplomas processuais – e daí existir, dada a produção científica que o critica, a aparência de onipotência da *técnica casuística* - há de se pontuar que nenhum dos *standarts* teóricos possui, em nosso ordenamento, *pureza* como paradigma normativo. Repisa-se: não há estatuto legal *inteiramente formalista* ou *inteiramente livre*. Apontam-se como exemplos, na codificação atual, de *normas processuais abertas* (ou cláusulas gerais) – institutos ligados ao *sistema de liberdade das formas* - a cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, do CPC), poder geral de cautela (art. 798 do CPC), cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC), cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC), dentre outros (DIDIER Jr., 2012, p. 36-37).

Observa-se, assim, que a adoção unívoca de quaisquer dos modelos é, além de medida temerária à segurança jurídica, objetivo virtualmente *utópico*, vez que em um *modelo total* de *liberdade das formas*, esterilizar-se-ia o próprio conteúdo normativo das regras processuais. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, atenta a um caminho para a implementação de institutos que consistam em amálgama dos dois paradigmas, sem, contudo, infringir as basilares regras do Estado de Direito, adverte (2009, p. 102): “a liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou contorno das determinações legais”.

2.2 O(s) Procedimento(s) no Código de Processo Civil vigente

Em virtude da assunção do modelo de *legalidade das formas procedimentais* pelo Código de Processo Civil vigente, entende a literatura jurídica pátria, de maneira majoritária, que somente a lei pode promover a *conformação* dos procedimentos às especificidades subjetivas e objetivas das causas. A tarefa de buscar o *procedimento adequado* é, desse modo, dever do *legislador* e não do juiz.

Nesse quadro é que o Código de Processo atual criou, conforme a espécie processual (conhecimento, execução e cautelar), distintos procedimentos, buscando atingir a norma, por meio da técnica casuística, já analisada nesse trabalho, todas as possíveis formas de se ordenar os atos processuais à tutela dos direitos materiais existentes. Passemos à breve análise, *pari passu*, da categorização dogmática dos procedimentos no diploma vigente.

No âmbito do *processo de conhecimento*, há duas categorias procedimentais: o procedimento comum e os procedimentos especiais (art. 272) - *aquele* se subdivide em sumário e ordinário; *estes*, contam com suas variadas *fattispecies* (artigos 890 a 1102-C) e os demais constantes nos diplomas extravagantes.

Em seguida, o processo executivo também pode ser mitigado em subgêneros de ritos: os comuns e os especiais (GAJARDONI, 2011, p. 163-164), em que pese não seja tal distinção expressa na norma. Integram o processo executivo comum os ritos de execução para entrega de coisa (artigos 621 a 631), a execução das obrigações de fazer ou não fazer (artigos 632 a 645) e a execução por quantia contra devedor solvente (artigos 646 a 729). Exemplificam-se como procedimentos executivos especiais a execução contra a Fazenda Pública (artigos 730 e 731), execução de alimentos (artigos 732 a 735) e execução por quantia em face de devedor insolvente (artigos 646 a 729 e 748 a 786-A), assim como os ritos extravagantes, tais como a execução fiscal (Lei nº 6.830/80), dentre outros.

Trata também a codificação atual do processo cautelar e de seus diferentes procedimentos. Além das cautelares do procedimento comum (artigos 800 a 804), das cautelares nominadas (artigos 888 e 889) e das inominadas (art. 798), existem também as cautelares de procedimento próprio ou especial (artigos 813 a 887), que possuem trâmites diversificados, total ou parcialmente, das comuns.

Por fim, há ainda, no sistema vigente, o procedimento dos Juizados Especiais, sejam os estaduais (Lei nº 9.099/95) ou os federais (Lei nº 10.259/2001), em que, mediante a sumarização e informalidade, busca-se adequar à tutela de direitos que versam sobre pedidos de valor diminuto ou reduzido.

2.3. Tutela jurisdicional adequada e flexibilização procedimental: Fundamentos da mudança proposta na literatura jurídica e na exposição de motivos do Anteprojeto

Apontam-se como razões primordiais para a mudança no sistema procedimental a necessidade de *simplificar* o processo, atendendo-se às máximas constitucionais da *razoável duração* (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB), bem como da *eficiência* (art. 37, “caput”, da

CRFB) e fundamenta-se a transformação, sobretudo, na garantia da tutela jurisdicional aos direitos materiais – em especial aos direitos humanos fundamentais.

Tal preocupação evidencia-se desde a *exposição de motivos* do anteprojeto da nova codificação, em que relata o grupo de notáveis juristas responsável por sua elaboração os mencionados fundamentos que justificam a reforma procedimental:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

A superação da definição *formalista* do procedimento, antes tido como *mera ritualística*, apartada da *teleologia* do processo – atuação da vontade da lei - diferenciação dada pela teoria do processo quando iniciou-se e sublimou-se a *autonomia do direito processual*, chega, no Estado Constitucional Contemporâneo à concepção de estrutura consonante não apenas às necessidades do direito material, mas também preocupa-se a outorgar ao juiz e às partes a oportunidade de ajustamento procedimental de acordo com a natureza ou particularidades das demandas apreciadas (MARINONI, 2010, p. 422-423).

Diante desses imperativos de cunho *axiológico* e *deontológico*, aproxima-se a literatura jurídica à adoção, cada vez mais abrangente, do modelo de *liberdade das formas procedimentais*, renovado pela teoria dos direitos fundamentais e com vistas a promover a tutela jurisdicional adequada. Na lição de Marinoni (2010, p. 427-428):

É nesse sentido que se diz que o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de constituir uma garantia ao titular do direito à tutela do direito material, incide sobre o legislador e o juiz. De modo que o processo, atualmente, é o próprio procedimento. Mas não apenas, como quer Fazzalari, o procedimento realizado em contraditório – até porque essa exigência é óbvia e inegável -, mas igualmente o procedimento idôneo às tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto. Aliás, para que o processo seja capaz de atender ao caso concreto, o legislador deve dar à parte e ao juiz o poder de concretizá-lo ou estruturá-lo. Ou seja, o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto. Portanto, o processo, no Estado constitucional, está muito longe de poder ser visto como um mero “complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei”, como queria Chiovenda à época em que a doutrina processual ainda era influenciada pelas filosofias liberais do final do Século XIX.”

A doutrina processual moderna, como se vê, dá nova significação ao procedimento e isso acontece por conta dos ditames constitucionais relativos ao processo e à sua assunção como via de concretização de garantias fundamentais e de promoção da cidadania. É nesse sentido que Mendes, Coelho e Branco chamam atenção, ao abordarem o instituto processual

da *preclusão*, acerca do necessário impedimento vinculado ao legislador em criar procedimentos que restrinjam o exercício dos direitos constitucionais e do experienciado risco de que regras ritualísticas acabem por afetar ou diminuir o exercício das mencionadas garantias (2009, p. 554-555):

Nesse âmbito, coloca-se o debate sobre as fórmulas de preclusão que, muitas vezes, impõem limites temporais ao exercício do direito, tendo em vista considerações de segurança jurídica. Qualquer que seja a conclusão a propósito do caráter de mera conformação ou de limitação, não pode o legislador, sob o pretexto de conformar ou disciplinar a proteção judicial efetiva, adotar disciplina que afete, de forma direta ou indireta, o exercício substancial desse direito.

Assim, segundo advoga a tendência assumida pela codificação proposta, deve ser de incumbência do julgador, em clara assunção da *liberdade das formas*, adequar o procedimento à relação jurídica particularizada e à natureza da tutela requerida, podendo – nesse quadro – alterar prazos, alargando-os ou, quiçá, minorando-os, bem como organizando a concatenação de atos processuais (postulatórios, probatórios, incidentais) de acordo com o caso concreto.

3 O JUIZ COMO CONDUTOR E CONFORMADOR DOS ATOS PROCESSUAIS: artigo 118, incisos III e V, do Novo Código de Processo Civil – proposta(s) e crítica(s)

3.1 Tutela jurisdicional efetiva: uma abordagem necessária

Para falar do tema adequação (ou flexibilização) procedimental, precisa-se antes ter uma noção geral a respeito do direito à *tutela jurisdicional efetiva*, assumida como nova roupagem do direito de ação.

O direito à tutela jurisdicional efetiva não admite a ideia de que o processo possa ser incapaz de permitir a tutela do direito material no caso concreto.

Uma implicação disso é que o legislador tem o dever de estruturar o procedimento (técnica processual) para viabilizar “as tutelas” que o direito material prevê. Além disso, o juiz, no exame do caso concreto, deve ter uma compreensão do procedimento atrelada à realização do direito material. Como ressalta Marinoni (2010, p. 411):

É que o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o legislador, obrigando-o a considerar as necessidades do direito material, e sobre o juiz,

atribuindo-lhe o dever de compreender o procedimento conforme as particularidades do caso concreto.

De fato, demonstra-se tema de contemporânea preocupação da ciência processual a chamada possibilidade que o juiz conforme o procedimento às especificidades do caso concreto, outorgando-lhe meios para que se alcance a tutela jurisdicional específica, qualificada.

Disso resulta que, além de a lei ter o compromisso de prever um procedimento “adequado”, o juiz possui a obrigação de inclusive “controlar a inconstitucionalidade da regra positiva ou, se for o caso, suprir a omissão da lei que inviabiliza a proteção do direito” (MARINONI, 2010, p. 411).

Isso já se reflete em certa medida em alguns dispositivos do Código de Processo Civil vigente, como, por exemplo, nos arts. 461 e 273:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

O Código de Defesa do Consumidor também nos fornece exemplos:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Tais dispositivos dão tanto ao autor, que se vê contemplado pela garantia da tutela efetiva, como ao juiz, enquanto agente incumbido da materialização dos direitos, uma grande gama de possibilidades para o emprego da técnica processual adequada, como forma de “adequação do procedimento” ao caso concreto.

E a ideia de adequação do procedimento não diz respeito apenas à concretização do direito material invocado. Cuida-se também de satisfazer os direitos fundamentais processuais, especialmente o contraditório e a ampla defesa, para que o exercício da jurisdição, na tarefa de “realização do direito material”, seja *legitimado* pela efetiva *participação* das partes. É indispensável, afinal, que o procedimento seja “idôneo a expressar

a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal” (MARINONI, 2010, p. 412).

A tutela dos direitos processuais fundamentais exige, em boa medida, uma “conformação” do procedimento às especificidades do caso concreto. A esse respeito, ressalta Marinoni sobre o contraditório e a participação (2010, p. 412):

Quando se fala em contraditório não há qualquer preocupação com fatores externos à participação típica de um ir e vir ou falar e reagir que caracteriza o processo tradicional. Porém, à efetiva participação é obviamente imprescindível a consideração das necessidades do direito material e do caso concreto, pena de se ter uma participação formal e completamente destoante dos direitos de ação e de defesa típicos do Estado Constitucional.

Trata-se nesse ponto do delineamento de um novo modelo de participação no processo, associado à necessidade de uma técnica processual que tenha maior interação com a tutela do direito material, o que pode concretizar-se, entre outras coisas, por meio de diferentes espécies de antecipação de tutela e de meios executivos.

3.2 A utopia dos procedimentos diferenciados e o procedimento adequado ao caso concreto

Como reação à ideia do procedimento único, surgiu na doutrina uma ênfase aos *procedimentos jurisdicionais diferenciados*. Mas priorizar os procedimentos *legalmente diferenciados* certamente não é a melhor saída para a tutela dos direitos.

É uma utopia presumir que o legislador possa prever um procedimento para cada espécie de conflito, até porque a sociedade, por um lado, cria novas espécies de conflitos constantemente e, por outro, com frequência impõe uma *nova compreensão* dos conflitos desde antes existentes.

Mesmo a existência de dezenas de procedimentos diferenciados, como se tem hoje na legislação processual civil, não satisfaz a necessidade de um “procedimento adequado”, porque um procedimento só pode tornar-se perfeitamente adequado se se atentar para as peculiaridades próprias e específicas de cada caso. O direito material só pode ser “adequadamente acertado” por meio de um procedimento que atenda às necessidades do caso em julgamento, um procedimento mais “moldável” pelo juiz.

Nesse ponto, emerge a necessidade, já refletida nas últimas reformas processuais, de previsão de “normas processuais abertas”, postas a serviço da efetivação das técnicas processuais adequadas ao caso concreto (MARINONI, 2010, p. 435). Exemplo dessa norma

está hoje no art. 273 do CPC, que condiciona a tutela antecipada ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, que remete ao direito material, às circunstâncias do caso concreto. Também o art. 461 do CPC é exemplo disso, pois permite a conversão da tutela específica do direito material em tutela pelo equivalente, o que só pode ser feito com exame das circunstâncias do caso concreto.

Um passo mais importante na ideia de construção do procedimento adequado ao caso concreto dá o “novo CPC”, que abre a possibilidade de adequação, pelo juiz, do procedimento para a tutela efetiva do direito no caso concreto (art. 139, *caput*, e incisos) do NCPC.

3.3 A flexibilização procedimental no NCPC da nova codificação e seu regramento no atual estágio do processo legislativo

A intensificação de normas abertas destinadas a prover o juiz de instrumentos para a conformação do procedimento, isto é, a adoção de um modelo processual com uma maior abrangência do sistema de *liberdade das formas*, é recebido pela literatura jurídica pátria como *princípio da adequação formal*, também alcunhado de *flexibilização judicial do procedimento* (GAJARDONI, 2011, p. 165-166).

Viu-se alhures que a tendência teórica em questão trata-se de um dos fundamentos da codificação proposta, sendo objeto de especial atenção por parte dos juristas responsáveis por sua primeira edição, o *anteprojeto*. Nesse viés, o artigo 107, inciso V, do *projeto embrionário* disciplinava que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório” e, adiante, dispunha, em seu artigo 151, § 1º que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

Há de se destacar, no entanto, que, com a propositura formal do projeto legislativo (Projeto de Lei do Senado nº 166/10 e Projeto de Lei nº 8.046/10, na Câmara dos Deputados³⁹), a referida inovação procedimental proposta foi sobremaneira relativizada, sobretudo em razão das fortes críticas feitas por setores da doutrina e por grupos ou associações representativas de carreiras jurídicas, remanescendo, no atual estágio da tramitação legiferante o poder judicial de dilatação de prazos e de alteração na realização de

³⁹ Importante salientar que o texto final do Novo Código de Processo Civil já fora aprovado, pelas duas Casas Legislativas da União, aguardando-se, atualmente, a sanção presidencial.

atos probatórios, bem como a chamada cláusula geral executória, conforme previsão constante no art. 118, incisos III e V:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
 (...)

III – Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

(...)

V – Dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico

Apesar da visível redução no espectro da mudança originalmente proposta, é clara a permanência das chamadas *normas abertas* que proporcionam ao juiz a realização de adequações procedimentais, inovando-se o sistema processual pátrio, antes filiado, quase à totalidade do conteúdo normativo, ao modelo da *rigidez formal*.

3.4 Críticas feitas à adoção da flexibilização procedimental

Já destacada foi a resistência de considerável parcela da comunidade jurídica à reformulação procedimental proposta pelo Novo Código de Processo Civil, atribuindo-se como temerária a adequação dos atos processuais por parte do magistrado, de modo a conceber-se a alteração normativa como uma ampliação indevida dos poderes judiciais, com a conseqüente ferida à segurança jurídica e à previsibilidade do curso processual. Asseverou o Senador Valter Pereira, nesse panorama, no relatório do substitutivo apresentado no Senado Federal que:

Os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a flexibilização procedimental e a possibilidade de alteração na causa de pedir e do pedido a qualquer tempo.

Importa, por ora, a breve análise das duas principais vertentes críticas ao novo modelo.

Primeiramente, filia-se parte da ciência processual à noção de que o procedimento deve ser rígido, eis que trata-se de regra de ordem pública, especialmente no que concerne às formas de realização e aos prazos, sendo a *dispositividade*, na clássica lição de Pontes de Miranda (1958, p. 50-51), absoluta exceção no sistema.

Essa postura crítica, eivada por evidência de marcante *formalismo*, dispõe que o procedimento, norma de direito público, atende a *interesses públicos*, não devendo favorecer ou beneficiar as partes, tampouco contemplar a comodidade de quaisquer destas. Em síntese, o procedimento, nessa ótica, não foi criado para as partes, mas para a atuação pública do Poder Judiciário (GAJARDONI, 2011, p. 172-173).

Ressalta-se, de igual modo, a postura crítica relativa à necessidade de existência do *procedimento rígido como fator de segurança e previsibilidade do sistema*, preservando-se a máxima de Montesquieu de que “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade” (1979, p. 29) – consubstancia-se o rito, sob esse quadro, em liberdade individual frente a possíveis arbítrios estatais, categorização que, por corolário, enquadra-se no *conceito liberal* de direitos de *primeira dimensão ou geração*, oriundos das vertentes filosóficas iluministas.

Como se percebe, a crítica dirigida à reforma proposta deve-se, em essência, aos ditames da *segurança jurídica*, com vistas a impedir o arbítrio judicial, em clara apologia à primazia do sistema de *rigidez formal* ou de *legalidade procedimental*, arraigado no conceito de igualdade formal ou *perante a lei*.

4 A ASSUNÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL MEDIANTE CRITÉRIOS CONDICIONANTES: A tutela jurisdicional adequada realizada a partir da adequação formal como instrumento processual subsidiário

4.1 A recepção das críticas e a subsidiariedade do sistema de liberdade das formas

Em meio ao processo legislativo no Congresso Nacional, a modificação proposta quanto à adequação das formas procedimentais pelo juiz, originariamente traço marcante da codificação pleiteada, fruto da inserção da teoria processual vanguardista já analisada neste trabalho, acabou por ser relativizada, diante de reivindicações de setores jurídicos mais conservadores, preocupados com as possíveis mazelas a serem causadas por este sistema, caso aprovado e implementado, à segurança jurídica.

Impõe-se, como contraponto à resistência doutrinária e dos profissionais do direito, a imperiosidade em se conceber o modelo de liberdade das formas como ferramenta subsidiária à legalidade procedimental – a assunção pura de um paradigma em detrimento de outro é, como também já exposto, medida impraticável e utópica.

Nesse sentido, afirma Gajardoni que “não havendo nuança a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir

o rito fixado em lei” (2011, p. 175), isto é, a tutela jurisdicional se dará, em regra, por força de disposição legal, cabendo solução diversa apenas quando as características do caso concreto impuserem a tomada diferenciada dos atos processuais – com vistas a promover a proteção judicial efetiva – em respeito a mandamentos de isonomia material, substancial.

4.2 A necessidade de critérios que condicionem a aplicação da flexibilização procedimental

A adequação dos atos processuais pelo juiz, sendo medida subsidiária à rigidez procedimental, deve ser empregada mediante critérios que condicionem sua viabilidade, descabendo ao julgador dizer, segundo fundamentos pessoais ou íntimos, como e quando o sistema de liberdade das formas entrará em cena.

É dever constitucional do Poder Judiciário fundamentar suas decisões (art. 93, inciso IX, da CRFB), sob pena de nulidade, sendo certo que, apenas mediante a exposição de argumentos jurídicos racionais, deverá a autoridade judiciária abrir mão do formalismo procedimental.

Nesse viés, propõe Gajardoni condicionamentos para que se operacionalize a flexibilização, critérios estes que o indigitado autor sugere que deveriam ser analisados e, de alguma forma, incorporados ao texto da codificação proposta (2011, p. 173). Passemos à análise desses parâmetros.

1. *Finalidade*: segundo teoriza o mencionado autor, três situações fáticas habilitariam a variação – a) a primeira e tida como mais comum seria ligada ao direito material, no sentido de que se o instrumento predisposto pelo sistema formal não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, deverá ser realizada a flexibilização, ampliando-se prazos para a defesa, garantindo-se a fungibilidade de meios de tutela, dentre outras providências; b) a segunda situação se funda na exclusão de formalidades desnecessárias, com vistas a promoção da instrumentalidade do processo e da negação deste como um fim em si mesmo, e; c) a última situação, nesta categoria, liga-se à condição subjetiva na relação jurídico-processual, autorizando a variação procedimental com o fito de promover a igualdade material entre os litigantes, protegendo-se a parte hipossuficiente.

2. *Contraditório útil*: a flexibilização não pode tomar as partes de surpresa, de inopino, sob pena de desrespeito à basilar premissa fundamental do contraditório. Sendo assim, defende-se que o julgador, antes de providenciar a alteração nos atos

processuais, deve consultar as partes, de modo a propiciar a efetiva participação dos sujeitos na formação de tal decisão.

3. *Motivação*: por derradeiro, a alteração na organização legal concernente ao tema somente se justifica mediante a argumentação clara e objetiva, estampada na decisão judicial proferida pelo juízo competente. A par das considerações de cunho constitucional já feitas acerca desta condicionante na introdução deste tópico, é de se lembrar que o exercício da jurisdição consubstancia-se em responsabilização política de suas determinações, logo, apenas podem ser tomadas se racionalmente justificadas.

Por certo, a adoção de tais critérios quando da alteração procedimental revestirá a decisão judicial respectiva de legitimidade, quebrando-se com os pontos de discordância expostos pela parcela que critica a reforma, vez que propicia o controle das determinações não só pelas partes envolvidas na relação jurídico-processual, mas também ao controle externo da sociedade civil organizada e opinião pública e das instâncias fiscalizatórias do Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual brasileiro é arraigado no sistema da legalidade das formas, ou seja, é adepto da prevalência da rigidez procedimental, disciplinada normativamente por meio de seus diferentes tipos ou *fattispecies*. Hodiernamente, a literatura jurídica pátria e os profissionais das carreiras jurídicas invocam a reformulação no sistema, com vistas a garantia dos direitos fundamentais constitucionais, atendendo-se àquilo que se denomina de tutela jurisdicional adequada.

Surge, como alternativa paradigmática, o modelo de liberdade das formas ou de adequação formal por parte do juiz ou a requerimento das partes, da ordem de realização de atos processuais, inversão de ônus probante ou dilatação de prazos processuais, providências estas também denominadas pela doutrina processualista de flexibilização procedimental.

Atentos aos mencionados clamores, os juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de Novo Código de Processo Civil inseriram, no bojo do texto embrionário, a possibilidade de que o juiz conforme ou promova a adequação do procedimento às especificações do direito material pleiteado, podendo dilatar prazos e modificar a realização de outros atos processuais, alteração esta que, relativizada, segue a existir no projeto que se encontra em fase final de seu processo legislativo, na Câmara dos Deputados.

As críticas feitas à flexibilização, como visto, resumem-se aos supostos riscos de que, com sua assunção, seja infringida a segurança jurídica e a previsibilidade do sistema processual. Em resposta à resistência observada, a doutrina busca firmar o caráter subsidiário da adequação formal, estabelecendo critérios de condicionamento à sua aplicação.

Entendemos que a adequação do procedimento às nuances do caso concreto é medida que, ao contrário de desprezar a isonomia, promove-a em sua vertente material. A própria disciplina normativa proposta na nova codificação – eliminação de procedimentos cautelares e diminuição dos procedimentos especiais – demonstra-nos que o caminho da simplificação não significa a universalização fechada e irrestrita da ritualística ao procedimento comum, mas, antes, abre caminho para a conformação do processo no caso concreto, quebrando-se com o ranço positivista da técnica casuística da norma jurídica – é de se lembrar, aliás, que nos termos da modificação pleiteada, as partes poderão requerer a conformação, adotando-se outro instrumento de efetiva participação processual.

Por certo, ajustes normativos não de ser feitos, sobretudo para racionalizar a aplicação da flexibilização, evitando-se o arbítrio judicial, o que se conseguirá com a adoção de critérios (legais) para sua implementação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Dispõe sobre o código de processo civil brasileiro e dá outras providências. Diário Oficial da União. 17 jan 1973.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre o código de defesa do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. 12 set 1990.
- DIDIER JR. F. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14. ed, Salvador: Juspodivm, 2012.
- ENGISCH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 9 ed., Baptista Machado (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- GAJARDONI, F. F. Procedimentos, Déficit Procedimental e Flexibilização Procedimental no Novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 190, p. 163-177, junho de 2011.
- MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Processo Civil Moderno: Parte Geral e Processo de Conhecimento**. v.1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- WAMBIER, T. A. A. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

A PUBLICIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

*Caio Cezar Bellotto*⁴⁰
*Vitor Augusto Gaioski Pagani*⁴¹

1 INTRODUÇÃO

Com a adoção da informatização do processo judicial, verifica-se a busca do Poder Judiciário em acompanhar as evoluções tecnológicas da atualidade para alcançar seu objetivo máximo, qual seja a efetiva prestação da tutela jurisdicional compreendida dentro de um espaço de tempo razoável.

As vantagens trazidas pela implantação do processo judicial eletrônico (PJE) manifestam-se, *v.g.*, na redução do tempo de tramitação, economia de espaço e facilidade de acesso ao processo, desde que haja conexão à internet.

Contudo, para que as vantagens almejadas pelo legislador possam ser alcançadas sem prejuízo às partes e à sociedade como um todo, de modo a não ferir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, o PJE deve observar os princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais, principalmente no tocante à publicidade do processo.

Em decorrência da implantação do PJE, o princípio da publicidade (PP) tem sido objeto de estudo por vários pensadores jurídicos contemporâneos, pois muito se indagou sobre a inconstitucionalidade da Lei 11.419/2006 no que tange à publicidade no PJE.

A Comissão Nacional de Justiça, por intermédio da resolução 121/2010, pôs um fim na interminável discussão doutrinária firmada, dispondo sobre quais as informações do processo que deveriam ser publicadas e sobre quem teria acesso aos autos eletrônicos.

As regras de publicidade estabelecidas pela CNJ não destoam do disposto no Código de Processo Civil, nem tampouco diferem de quando os processos eram exclusivamente físicos (em papel), de forma que todos terão acesso aos autos, desde que não tramitem em segredo de justiça.

Contudo, no PJE do Estado do Paraná, o público em geral tem acesso, não somente aos autos que estão tramitando (que não estejam em segredo de justiça), mas também aos

⁴⁰ Graduado em Direito pela Universidade Paranaense; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Uniderp-Anhanguera e mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. E-mail: bellotto caio@gmail.com.

⁴¹ Graduado em Direito pela Universidade Paranaense e mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. E-mail: vitorgpagani@gmail.com.

autos que já foram extintos (prestação da tutela jurisdicional pelo Estado mediante decisão transitada em julgado) e remetidos ao arquivo definitivo.

Por isso indaga-se: qual o benefício que a publicidade exacerbada do PJE trás para a sociedade e para as partes litigantes? E mais, é razoável divulgar informações pessoais dos ex-litigantes e da batalha judicial que travaram sem suas prévias autorizações para que a sociedade tenha seu direito de ser informado respeitado?

A fim de trazer possíveis soluções para as questões feitas, será analisado o princípio da publicidade compreendido no PJE sob o enfoque da aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade no tocante ao direito à intimidade em conflito com o direito à informação.

2 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

O princípio da publicidade (PP), instituído no art. 5º, LX, da Constituição Federal, garante a todos o direito de acesso aos atos processuais, no entanto tal garantia não é ilimitada, de forma que o acesso aos atos processuais do público em geral poderá ser obstado mediante previsão legal de segredo de justiça ou a requerimento das partes para preservarem a intimidade ou, ainda, quando houver interesse social.

Consoante lição de Wambier (2008, p. 84), o princípio da publicidade:

Está ligado a outro, de igual relevância, que é o princípio da motivação das decisões judiciais. Em geral, todos os atos realizados no processo são públicos, inclusive as audiências. Trata-se de regra que, por óbvio, representa uma garantia, tanto para as partes quanto para o próprio juiz.

Complementando a lição do ilustre doutrinador acima, invocamos Arruda Alvim, citado por Eduardo Arruda Alvim, o qual consigna:

A publicidade é garantia para o povo de uma justiça 'justa', que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria magistratura diante do mesmo povo, pois está agindo publicamente, permite a verificação de seus atos. (ALVIM Apud ALVIM, 1999, p.134)

Os princípios da publicidade e da motivação das decisões decorrem da atual forma governamental, qual seja o Estado Democrático de Direito e, neste sentido, leciona Santos, “não terá uma legítima democracia o Estado em que o poder não seja exercido com *transparência* e não conte com *mecanismos de controle* dos atos dos representantes do povo”. (SANTOS, 2008, p. 174-175)

Com propriedade, o ilustre doutrinador consigna que na democracia a coisa pública é gerida publicamente, aos olhos de quem quiser ver, por isso o art. 37 da CF impõe o dever de a Administração Pública obedecer ao princípio da publicidade, eis que a partir daí é possível de conferir-se transparência e controle efetivo dos atos do Estado (SANTOS, 2008).

A principal modificação procedimental, no que concerne ao princípio em apreço, com a implantação do processo judicial eletrônico (PJE), se dá pela substituição das intimações que antes eram realizadas através de Diário Oficial e, atualmente, são feitas através de *e-mail*.

Vários estudiosos processualistas levantaram questionamentos acerca do binômio direito à intimidade x direito à informação, aduzindo se era razoável que todo o conteúdo do processo, especialmente o inteiro teor das decisões judiciais proferidas, fosse exposto para o público em geral.

Didier Jr, ao comentar o inciso IX do art. 93 da CF, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, afirma que:

[...] Este eventual conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido *a priori*, como a redação do inciso dá a entender; somente à luz do caso concreto, aplicado o princípio da proporcionalidade, será possível verificar qual dos dois deverá prevalecer (JUNIOR, 2007, p. 59).

E termina, citando Tavares: “Há inúmeros outros [direitos fundamentais] que pode entrar em cena, em cada caso concreto (no respectivo processo), tais como: dignidade da pessoa humana, privacidade, honra e direito à imagem” (TAVARES apud JUNIOR, 2007, p. 59).

É sabido que as partes possuem o direito de “esquecimento” e, diante da velocidade e amplitude da propagação das informações veiculadas eletronicamente, é forçoso acreditar que esse direito lhes será assegurado.

Há posições doutrinárias, tais como a de Wambier, que defendem a ausência de violação do princípio da publicidade diante da informatização do processo judicial, eis que, segundo ele, se os atos estão no processo é porque podem ser “publicizados” (WAMBIER, 2008).

Por sua vez, Almeida Filho defende a relativização do princípio da publicidade, “a fim de impedir o livre acesso aos autos na forma eletrônica” (FILHO, 2008, p. 168-172).

Antes de implantado o sistema do PJE, o direito à intimidade não estava sujeito à violação, nem tampouco em evidência como se encontra no processo eletrônico, traduzindo-se em uma verdadeira dicotomia.

É certo que o magistrado, verificando a necessidade de preservação da intimidade, pode restringir o princípio da publicidade, determinando que os autos eletrônicos sejam acessíveis apenas aos litigantes e seus procuradores, detentores de chaves de acesso (*login*).

Noutro giro, obstáculo à efetivação do princípio da publicidade seria a limitação do acesso aos autos eletrônicos que tramitam sem estarem em segredo de justiça. Solução que se mostraria adequada seria o cadastramento de eventuais interessados, contudo não resolveria a problemática da efetividade do PP, já que o alvo principal da publicidade (sociedade em geral) estaria impossibilitado de conhecer o mesmo litígio.

Para por fim à discussão se o PJE respeita ou não o PP, a CNJ estabeleceu⁴² "que os tribunais devem divulgar na internet, com amplo acesso à população, os dados básicos de todos os processos em tramitação, incluindo o teor das decisões" (PINHO, 2012, p.101).

De acordo com o entendimento do CNJ, as informações básicas compreendem o "número, classe e assunto do processo, nome das partes e dos advogados, movimentação processual, teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos, exceto nos casos que tramitam em sigilo de justiça" (PINHO, 2012, p. 2012).

A diretriz imposta pelo CNJ visa conciliar o direito à informação com o direito à privacidade, por isso os depoimentos gravados ficarão restritos às partes e aos procuradores habilitado aos autos.

Imperioso destacar que para ter vista dos autos, não é necessário que o advogado seja o procurador das partes litigantes, mas apenas ser registrado no sistema de informações do tribunal competente, conforme assegura a decisão do CNJ e o artigo 7º, inc. XIII da Lei n. 8.906/94.

Note-se que a questão da intimidade das partes não será totalmente resguardada, permanecendo a idéia de relativização do princípio em análise. A propósito, sobre o aludido direito fundamental do cidadão, no que atine aos sistemas de buscas de dados pessoais na Internet, ensina Almeida Filho:

Como analisamos anteriormente, com a quebra de barreiras geofísicas através da Internet e vivendo na sociedade da informação tecnológica, o processo deverá se adaptar a estas realidades e procurar caminhos de efetivação para cumprimento das decisões proferidas (2008, p. 181).

Assim, o direito à informação deve ser sopesado com razoabilidade e proporcionalidade ao direito à intimidade, devendo-se dar preferência à intimidade, eis que integra um dos direitos fundamentais da pessoa humana assegurado constitucionalmente,

⁴² Portaria nº 121.

todavia deve-se certificar que o direito à intimidade não prejudicará a sociedade em geral, que tem o direito de ser informada, v.g., de quem honra com as obrigações que contrai.

O PP, dessa forma, deve assegurar a restrição de certas informações, de modo que possa resguardar o direito à intimidade das partes litigantes, e, por outro lado, permitir o acesso do público em geral às decisões proferidas pelo Poder Judiciário para que, eventualmente, possam exercer o poder de controle que a democracia os confere.

O §1º do art. 1º da Lei que instituiu o PJE⁴³ dispõe que a informatização do processo judicial deve ser aplicada a todas as espécies de processo, tais quais, civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em todos os graus de jurisdição.

Arrisca-se um palpite de que a vontade do legislador, ao promulgar referida Lei, era de instituir um sistema judicial uníssono, com a integração de todos os Entes Federados e suas instâncias, de forma a facilitar o acesso à justiça e o exercício da advocacia.

Devido à proporção continental do país e a falta de conhecimento técnico sobre informática (creio eu), não foi possível ainda a implantação de um sistema único do PJE, por isso cada Ente Federado tem um sistema próprio, com costumes e trâmites "diferentes" - embora os procedimentos sejam previstos em Lei - uns dos outros, o que implica em dificuldade de acesso à justiça e à informação e ao exercício da advocacia.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Analisando a temática proposta logo ocorre à mente a problemática dos processos arquivados definitivamente. Antes de aprovada a lei que instituiu o PJE, os processos que eram arquivados, seja em razão do cumprimento integral da tutela jurisdicional pretendida, seja pela improcedência total da demanda, somente às partes ou juridicamente interessados justificadamente, por intermédio de um advogado, era autorizado o acesso aos autos arquivados.

O escrivão da secretaria emitia uma guia de recolhimento à parte que visava o acesso aos autos e somente após o pagamento da guia emitida e sua apresentação à secretaria que o escrivão determinava o desarquivamento dos autos. Somente após alguns dias é que o indivíduo tinha os autos em mãos...

Hoje, em decorrência do advento da lei do processo judicial eletrônico, qualquer pessoa tem acesso (limitado) ao processo, via PROJUDI no Estado do Paraná, de modo que encontram com facilidade os nomes das partes, a natureza da demanda, as decisões proferidas

⁴³ 11.419/2006

no decorrer do processo em sua integralidade, o valor da causa e demais informações, desde que não tramite em segredo de justiça.

A pessoa comum que efetua busca de outro indivíduo, no sistema processual eletrônico no Estado do Paraná, encontra informações sobre os autos que, por ventura, estão em trâmite, assim como encontra informações sobre os autos que se encontram arquivados definitivamente.

Pois bem, ainda que a certidão emitida pelo Cartório Distribuidor deste indivíduo "buscado" seja negativa, à pessoa comum é autorizado o acesso aos autos que se encontram arquivado, o que pode gerar diversas situações de embaraço ou, até, atrapalhar negociações mercantis.

Traçando um paralelo com a sistemática processual anterior, se a certidão emitida de determinado indivíduo fosse negativa, à pessoa que requereu a emissão dessa certidão seria vedado o acesso aos autos físicos, por decisão do escrivão da secretaria, uma vez que, *a priori*, não há interesse juridicamente justificável neste caso.

Em outras palavras, a pessoa que requereu a emissão da certidão de outrem, não teria acesso aos autos arquivados, nem tampouco conhecimento se houve ou não demandas judiciais em face dele ou de sua autoria.

A partir do nascimento da nova sistemática (PJE) e da facilidade com que se acessam as informações uns dos outros, se faz necessário avaliarmos sobre a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento.

Nos dizeres de Siviero e Fernandes de Castro:

É inegável que ao titular do direito à privacidade, os artigos 5º, inciso X, da Constituição Federal, e 12 e 21 do Código Civil não criam uma redoma de proteção absoluta ao redor das pessoas. De outro lado, o direito individual à privacidade será sempre sopesado em relação aos direitos amplos à informação, à cultura e à liberdade de expressão, igualmente princípios constitucionais (CF, arts. 5º, inciso XIV, 215 e 220) (SIVIERO e CASTRO, 2012, p.55-56).

Verifica-se que o direito à informação compreendida pelo PP dos processos judiciais (excluídos os que tramitam em segredo de justiça) está em confronto com o direito à privacidade, garantido pela Constituição Federal.

Defende-se que, nos casos em que o processo judicial encontra-se arquivado definitivamente, o direito à privacidade deve prevalecer em face do direito à informação, por intermédio da aplicação do direito ao esquecimento e do princípio da proporcionalidade constitucional.

Nos dizeres do Excelentíssimo Senhor Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ, interposto pela Rede Globo Comunicações e Participações S/A em face de Jurandir Gomes de França:

A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem: ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2013).

E continua:

A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela -, a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado (BRASIL, 2013).

O Ministro Relator cita, no corpo do acórdão proferido, Zygmunt Bauman, sociólogo polonês que escreveu acerca da atual configuração do conflito entre os espaços públicos e privados - informação x privacidade:

[...] um dos danos colaterais dessa "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", tendo nascido uma inédita sociedade confessional, em que espaços antes reservados à exploração de questões de interesses e preocupações comuns são agora utilizados como "depositórios geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem divulgados apenas a Deus ou a seus mensageiros e plenipotenciários terrestres":

Se você quer saber qual dos lados [das esferas pública e privada] está hoje na ofensiva e qual está (tenaz ou tibiamente) tentando defender dos invasores seus direitos herdados ou adquiridos, há coisas piores a fazer que meditar sobre o profético pressentimento de Peter Ustinov (expresso em 1956): "Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público" (BRASIL, 2013).

De fato, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual, mas incessante

transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BRASIL, 2013).

Sem dúvida alguma, pior que a venda ou entrega da privacidade de alguém ao público em geral é fazê-lo contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.

Isto é, pior do que jogar ao povo informações sobre a vida privada de uma pessoa é fazê-lo contra a sua vontade e de forma anônima. A mais importante faceta do direito à privacidade é quando as informações vazadas acabam por fazer perecer a confiança e a boa imagem que o indivíduo (ou sua família) levou para conquistar.

Costa Júnior, citado no voto do Ministro Salomão ainda no mesmo acórdão, observa acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*the right to be let alone*):

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas (BRASIL, 2013, p. 16-17).

Com efeito, disse o relator: "não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do atrofiamiento dos valores que apontam para a pessoa humana" (BRASIL, 2013, p. 20). É justamente com base neste argumento que o princípio da publicidade, no PJE, deve ser reanalisado.

Veja, a dignidade da pessoa humana foi inserida no grupo dos direitos fundamentais constitucionais (art. 5º, inciso IX) e, também, em sua porta de entrada (art. 1º, inciso III), não somente como direito, mas também como um fundamento da república.

Ela garante ao homem tratamento cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, imprensa e até mesmo o Estado, "edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares e outros bens e direitos" (BRASIL, 2012, p. 22).

Como exemplo, nunca se cogitou que a imposição de um comando normativo que impõe aos bancos de dados restritivos de crédito a exclusão de algum negativado, dentro de um lapso temporal, consubstanciasse "censura ao direito de informar ou ao direito de ser

informado, mesmo que exista nisso um inegável interesse público de se precaver contra quem, um dia, não honrou com suas obrigações" (BRASIL, 2012, p. 37).

Por esse motivo, do ponto de vista de seu potencial difamante, não podem também permanecer eternamente na memória da sociedade por obra de veículos de informação, tais como a *internet*.

Do mesmo modo é a recente decisão da Comissão Europeia que atribuiu ao Google Spain e Google Inc., mediante sentença, o dever de retirar informações que prejudiquem ou que não são mais pertinentes ao indivíduo, desde que requerido (INFOCURIA, 2014).

A demanda em comento originou-se devido à negativa das empresas rés em retirar da *web* informações pessoais do autor da ação de seus sites de busca, eis que:

Quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González [autor da demanda] no motor de busca do grupo Google, obtinha ligações a duas páginas do jornal da La Vanguardia [de Catalunha] de, respetivamente, 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social [...]. (INFOCURIA, 2014).

E complementa:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas *web* de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros. (INFOCURIA, 2014).

Em passagem posterior do acórdão, a Comissão atribui a responsabilidade aos operadores de buscas quando os dados pessoais de um indivíduo forem divulgados sem sua vontade ou que deixar de apagá-las quando requerido pelo indivíduo, justamente por terem controle da atividade das buscas e disponibilizarem as ferramentas para tanto.

Veja, não se pretende que o Estado⁴⁴ seja responsabilizado por eventuais prejuízos causados a um ex-litigante em razão da publicização de informações consubstanciadas em processo judicial arquivado definitivamente, mas sim que o acesso à informação não seja um direito absoluto da sociedade, sempre em detrimento do direito à privacidade.

Têm eclodido na Europa diversas demandas com referido escopo, onde a liberdade de expressão e publicização de dados pessoais encontra óbice na privacidade e na vontade da

⁴⁴ Órgão do Poder Judiciário que publicou as informações.

pessoa a quem se expõe, prevalecendo o direito fundamental à privacidade em detrimento do direito à informação, demonstrando patente evolução da proteção dos direitos fundamentais individuais em face do direito coletivo à informação.

É por isso que se defende que a publicização exacerbada trazida pelo PJE deve ser repensada, de forma que, ao menos os processos que estejam arquivados definitivamente, tenham o acesso⁴⁵ impedido pelo público em geral, liberando-se o acesso apenas mediante petição específica⁴⁶ protocolizada por um advogado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao passo que o mundo evolui, o Direito, como ramo das ciências sociais, procura acompanhar tais mudanças, sem acarretar débitos, visando melhoria tanto para os indivíduos que buscam o acesso à justiça e a prestação jurisdicional adequada, quanto para o Estado, a quem incumbe a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Neste contexto, todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais foram observados durante a transição do meio físico do processo judicial para o meio eletrônico, todavia, diante da expansão da era digital torna-se necessário não apenas fundamentar o direito do homem, mas também protegê-lo.

E de que forma se podem proteger os direitos fundamentais do homem garantidos pela Constituição? Mediante a aplicação dos princípios basilares do direito pátrio com razoabilidade e proporcionalidade.

Conclui-se, portanto, que o PJE não ofende, nem tampouco reproduz informações excessivas ao público no tocante aos processos judiciais em andamento, que não tramitam em segredo de justiça, uma vez que somente serão acessíveis os nomes das partes, natureza da demanda e o teor das decisões.

Todavia, conforme demonstrado anteriormente, o PP, compreendido pelo PJE, ofende o direito à intimidade e o direito ao esquecimento do indivíduo, a partir do momento que qualquer pessoa puder acessar o processo judicial arquivado definitivamente.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, C. H. **Processo eletrônico**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

ALMADA, R. J. F. de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: RT, 2005.

⁴⁵ Entende-se como acesso a possibilidade de verificar qual a natureza do feito, valor da causa e íntegra das decisões proferidas pelo magistrado.

⁴⁶ Expondo os motivos pelos quais requer-se o desarquivamento.

- ALMEIDA FILHO, J. C. de A. **O processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALVIM, E. A. **Curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: RT, 1999.
- BENUCCI, R. L. **A Tecnologia Aplicada ao Processo Judicial**. Campinas: Millennium, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Comissão Nacional de Justiça. Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>>. Acesso em: 15 mai 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ. Parte Litigante Rede Globo S/A, Relator Luis Felipe Salomão, 28.05.2013. Diário da Justiça Eletrônico, v. 232, p. 391, data da publicação: set 2013.
- CLEMENTINO, E. B. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CRUZ e TUCCI, J. R. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 117, Ano XXXII, p. 116-123, out. 2012.
- FONSECA, B. G. B. da. Processo judicial eletrônico e a perspectiva de uma justiça mais efetiva. In: **Consulex**, São Paulo, nº 409, Ano XVIII, p.36-41, fev 2014.
- INFOCURIA. Jurisprudência do Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54a9d7a3790ad4cbf9de3aa4196f7cfae.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbh90?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157785>>. Acesso em 13 mai 2014.
- JUNIOR, F. D. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1996.
- PAULA, W. R. de. **Publicidade no processo judicial eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010.
- PINHO, H. D. B. de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PINTO, A. P. Processo judicial eletrônico *modus omnibus in rebus*. In: **Consulex**, São Paulo, nº 409, Ano XVIII, p. 34-35, fev 2014.
- SANTOS, N. A. M. dos. Princípio da publicidade. In: OLIVEIRA NETO, O. de; LOPES, M. E. de C. (Org.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SCATIGNA, E. A. O. Transição segura do processo judicial eletrônico. In: **Consulex**, São Paulo, nº 409, Ano XVIII, p. 32-33, fev 2014.
- SIVIERO, F. R.; CASTRO, A. Z. F. de. Privacidade na era da revolução digital. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 115, Ano XXXII, p. 53-60, abr 2012.
- WAMBIER, L. R. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 10 ed. São Paulo: RT, 2008.

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

*Bárbara Guasque*⁴⁷
*Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto*⁴⁸

INTRODUÇÃO

A recente democracia padece de mazelas que comprometem sobremaneira sua eficácia e legitimidade, uma delas é exatamente o poder da maioria – o grande preceito democrático. Os governos democráticos têm por essência o respeito à ideia da maioria e, por isso, tudo aquilo que foge desta linha tende a não subsistir, ficando os direitos das minorias olvidados e suprimidos. É exatamente neste ponto que exsurge o constitucionalismo, a fim de proteger direitos fundamentais e garantir a separação e independência dos poderes, impondo limites à soberania popular e impedindo a política majoritária em desfavor dos interesses das minorias.

Todavia, uma vez que a democracia pressupõe a prerrogativa do povo para decidir questões políticas dentre as quais a própria constituição, não seria um paradoxo esta mesma constituição limitar a soberania popular que a criou? Necessário se faz averiguar se o constitucionalismo é incompatível com os preceitos democráticos ou se, ao contrário, acaba protegendo e preservando a democracia ao impor limites ao poder da maioria via garantia de direitos fundamentais.

1. CONSTITUCIONALISMO

“Debaixo da inspiração do discurso patriótico daquele que foi o maior paradigma cívico do País e maior personificação moral da nacionalidade – Rui Barbosa – o povo resistiu, durante os interregnos ditatórios da nossa história política, ao arbítrio dos ditadores de farda e casaca que dissolveram a legitimidade federativa e, atentando contra a natureza republicana do regime, enodoavam o País, oprimiam a nação e retardavam o advento do Estado de Direito sob o signo da liberdade, da justiça e da democracia bem compreendida e bem exercitada”

⁴⁷ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí com bolsa PROSUP da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003).

⁴⁸ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC; Professor Adjunto I da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público. Email: franciscojneto@uol.com.br.

(BONAVIDES, 2010, p. 11). O eloquente relato de Bonavides retrata fidedignamente os tempos sombrios de uma era em que o Estado Democrático de Direito ainda era uma utopia. Antes mesmo da ditadura militar de 1964 que se prolongou por mais de vinte anos, o Brasil contempla em seu passado a passagem pelas também ditaduras militares dos Marechais Deodoro (1891) e Floriano (1910), nos primórdios da República, além das ditaduras civis de Getúlio Vargas em 1930 e depois em 1937, época do Estado Novo, sucedida pela denominada “ditadura togada” (BONAVIDES, 2010, p. 11) de José Linhares nos anos de 1945-1946.

Ainda sob o manto do nefasto período ditatorial iniciado em 1964, imbuídos de ideais democráticos o povo foi às ruas clamando por eleições diretas – as “Diretas Já” – inviabilizando a ditadura e fundando os alicerces do que viria a ser um Estado Democrático de Direito.

O passo seguinte foi a convocação de uma assembleia constituinte apta e legítima a ocupar todo o espaço político para o exercício do poder constituinte originário. Elucida Bonavides (2010, p. 20) ser a assembleia: “o órgão mais adequado ao desempenho dessa função, conforme recomendam as tradições mais sólidas e democráticas do constitucionalismo moderno”.

Atribuiu-se ao Congresso, da legislatura de 1987, os poderes constituintes a fim de elaborar a almejada Constituição, a qual, a despeito de sua questionável legitimidade,⁴⁹ consagrou a Constituição Federal de 1988 – o maior expoente democrático já experimentado pela nação brasileira. Único texto constitucional, já experimentado em terras brasileiras, a contemplar e reunir tamanha gama de direitos civis, políticos e sociais – a “Constituição Cidadã” de Ulisses Guimarães. “A passagem do governo dos decretos-leis ao governo das leis” (BONAVIDES, 2010, p. 12).

Foi a conquista do Constitucionalismo no Brasil. Não do Constitucionalismo fruto das revoluções burguesas do século XVIII e do Estado Liberal materializado em uma Constituição restrita à limitação do poder e instituidora de garantias mínimas dos direitos individuais; mas o Constitucionalismo com viés democrático e participativo e que contempla

⁴⁹ Alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Bonavides, aludem à ilegitimidade do ato convocatório, o conteúdo constituinte da Emenda encaminhada pela mensagem do Executivo ao Congresso Nacional vez que razões políticas de legitimidade aconselhavam que a iniciativa de convocação daquela assembleia partisse do Congresso Nacional, porquanto nenhum ramo da soberania se viu mais duramente atingido, mutilado e desprestigiado que o Legislativo durante os últimos 20 anos de arbítrio e exceção que atravessamos; expurgo de mandatos, recesso e confisco de prerrogativas. Além disso, ao invés de convocar-se uma Assembleia Nacional Constituinte paralela e específica, fadada a dissolver-se após cumprir com seu intento de elaborar a Constituição, optou-se pelo Congresso Constituinte do qual faziam parte 23 senadores eleitos em 1982, os quais não poderiam compor uma constituinte sem mandato específico para o fim (BONAVIDES, 2010, p. 57-59).

princípios e direitos fundamentais vinculantes de toda a atividade estatal no afã de proteção e concretização dos mesmos.

É o que elucida Vital Moreira:

Estes dois séculos assistiram, portanto, ao triunfo definitivo do Constitucionalismo, como modo de ser do Estado contemporâneo. Mas não de qualquer Constitucionalismo, sim do Constitucionalismo de raiz democrática baseado nos princípios do Estado de Direito e da democracia representativa. Se o século XIX assistiu ao triunfo da ideia constitucional, contra o Absolutismo e contra o poder monárquico do “antigo regime”, o século XX chega ao fim com o triunfo do Constitucionalismo liberal-democrático. (GRAUS; GUERRA FILHO *apud* MARTINS, 2007, p. 07)

É salutar essa observação vez que estamos tratando, do que podemos classificar, como um terceiro paradigma constitucional. Os primórdios do constitucionalismo, como uma manifestação perfeita, pela sua forma articulada e codificada em um texto único que denominamos Constituição, é o produto das revoluções liberais, americana e francesa do século XVIII e teve por fundamento controlar o poder através da vigência do princípio democrático e, com isso, por termo ao absolutismo. “Quando a soberania do rei é substituída pela soberania do povo e a vontade geral se impõe ao interesse particular dos privilegiados, nesse momento podemos começar a referir-nos à Constituição. A origem do constitucionalismo se identifica com a transferência do poder soberano de uma elite ou de uma pessoa para a coletividade nacional e com a sujeição dos governantes ao interesse da cidadania” (PASTOR; DALMAU, 2012, p. 45).

Em seguida, quando da passagem para o século XX e considerando as peculiaridades da revolução industrial, o Estado viu-se compelido a buscar melhorias nas condições de vida da população mediante a criação de direitos e manutenção de serviços que os grupos econômicos, que obtiveram notável ascensão e consolidação em virtude do liberalismo, não tinham interesse em realizar (PASOLD, 2013, p. 23). Sobreveio o Estado do Bem-Estar e seu intervencionismo na sociedade e na economia a fim de que os direitos sociais fossem assegurados.

“Como o mundo muda, o constitucionalismo estreita e alarga o seu caminho para se encostar nas transformações havidas” (ROCHA, 2014), e, após o paradigma constitucional do Estado Liberal e do Estado Social, exsurge um terceiro paradigma constitucional que se amolda às diretrizes adotadas pelos países no segundo pós-guerra e tendente a inviabilizar as barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial. A Carta Internacional dos Direitos Humanos é o ordenamento condutor desta nova tendência de incluir nos textos constitucionais normas de proteção à dignidade humana e a direitos fundamentais. A Constituição de 1988 foi

o marco da adoção, no Brasil, deste novo paradigma constitucional, um Constitucionalismo contemporâneo.

Pode se afirmar que houve uma superação dos paradigmas constitucionais do Estado Liberal e do sucessivo Estado de Bem-Estar – superação que não significa rompimento, mas uma releitura dos mesmos mediante a inclusão de novos valores, nomeadamente valores e princípios ligados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais com o fito de servir de escopo à toda atividade estatal na concretização e proteção de referidos valores. É de se destacar também os amplos mecanismos garantidores da participação social na política que ampliaram o aspecto democrático do texto constitucional. Toda esta nova conjuntura constitucional recompõe o conteúdo da Constituição e “refaz os sinais balizadores do constitucionalismo”. (ROCHA, 2014)

Conforme se vislumbra do exposto alhures, a história do constitucionalismo é a história da conquista e ampliação dos direitos, a qual se deu de maneira progressiva mediante as quebras institucionais ocorridas ao longo da história. É o que afirma Ferrajoli (2011, p. 30):

A história do constitucionalismo é a história do progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, dado que nenhum desses direitos caiu do céu, todos foram conquistados por rupturas institucionais: as grandes revoluções americana e francesa, depois as medidas oitocentistas para os estatutos, por fim as lutas operárias, feministas, pacifistas e ecológicas dos novecentos. Todas as diversas gerações de direitos, podemos bem dizer, correspondem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários [...].

Rocha (2014) alude à natureza mutante do constitucionalismo a qual, a despeito de acompanhar as transformações sociais, não pode perder o seu cerne na valoração humana. “O constitucionalismo se coloca no turbilhão das mutações, oferece-se ao destino das transformações dos homens, desde que não se perca o seu centro e a sua razão maior: o valor homem e os valores dos homens, leal aos quais se persiste a buscá-los no traçado dos novos caminhos, seguindo-se as novas vertentes.”

Dada estas inúmeras mutações, o constitucionalismo possui as mais variadas concepções as quais resguardam, no entanto, uma característica comum fundada na ideia de submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma plêiade de regramentos superiores como o são, nas atuais Constituições, os direitos fundamentais. É nesse contexto jurídico, “onde o constitucionalismo contemporâneo não tem sequer uma expressão definida, tido ora como o moderno, ora como o da pós-modernidade” que se pretende trazer à calva sua relação paradoxal com a democracia. Para tanto, estipularemos como conceito operacional desse constitucionalismo contemporâneo surgido após a Segunda Grande Guerra, o utilizado por Ferrajoli (2011, p. 43-44), segundo o qual:

O constitucionalismo, aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial); isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições.

2. DEMOCRACIA

A concepção de democracia, aos moldes do constitucionalismo, sofreu mutações ao longo da história a fim de acompanhar a evolução e as transformações sociais. Em seu surgimento, na Grécia antiga, no período compreendido entre os séculos VI e IV a.C, a democracia protagonizada pelos Gregos podia ser interpretada literalmente como o poder do povo, do *demos*, a despeito de muitas pessoas serem excluídas das decisões políticas e do exercício da cidadania, a exemplo dos escravos, das mulheres e dos estrangeiros. Traduzia-se na vontade da maioria dentre uma minoria detentora da prerrogativa de deliberar sobre os assuntos de interesse da coletividade, vez que apenas uma minoria era detentora dos atributos da cidadania.

A democracia direta ateniense, na medida em que os denominados cidadãos deliberavam diretamente sobre as questões concernentes à *pólis*, se inviabilizou tornando-se necessária a utilização do instituto da representação, o qual foi incorporado aos preceitos democráticos no século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, estabelecendo as democracias representativas.

Bobbio (2000, p. 372) elucida que:

Para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então em uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhe diziam respeito. “Democracia” significava o que a palavra designa literalmente: poder do *demos* e não, como hoje, poder dos representantes do *demos*.

A Constituição de 1988, ao afirmar em seu artigo 1º, parágrafo único, que: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, consagrou o princípio da democracia semidireta ou representativa em nosso país.

Porém, a recente democracia brasileira padece de mazelas que comprometem sobremaneira sua eficácia e legitimidade, figurando com um deles o poder da maioria – o

grande preceito democrático. Aliás, esta é uma problemática praticamente inerente ao conceito hodierno de democracia.

Tocqueville (2005, v. I), em 1835, já arguia como principal crítica à democracia norte americana o que ele denominou “tirania da maioria”. Para ele, grande estudioso da democracia dos Estados Unidos, é da essência dos governos democráticos o respeito à ideia de maioria e a concentração do poder nesta única força, o que inviabiliza tudo que não esteja alinhado com o interesse da maioria, colocando em risco a liberdade e possibilitando a tirania. O autor defendia ser inaceitável tal reunião de poder, quer seja nas mãos de um rei ou do próprio povo, defendendo a necessidade de algum controle, obstáculo ou moderação, e alertava que, se um dia a liberdade nos Estados Unidos viesse a se perder, não seria pela sua fraqueza, posto ser o governo democrático americano centralizado, enérgico e forte, mas sim em virtude da nefasta onipotência da maioria – a tirania da maioria.

As origens deste conceito republicano de democracia vinculado ao poder da maioria é uma alusão à “vontade geral” defendida por Rousseau. Em seu “O contrato social”, o autor semeia as bases da democracia moderna ao estabelecer o Estado com sua legitimidade adstrita à vontade geral exercida mediante a soberania popular. Dessa concepção rousseauiana de vontade geral é que se constrói o propalado interesse comum. Ela também proporciona um deslocamento da soberania, que até então estava nas mãos do monarca, para as mãos do povo – a soberania popular. Pode se afirmar que essa noção de “vontade geral” como expressão da soberania popular constituem as bases da democracia clássica como o governo do povo, como “uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo.” (KELSEN, 2000, p. 35)

A reivindicação da soberania popular se traduz na crucial contribuição trazida pelo filósofo para transpassar o Estado absolutista e lançar as bases da democracia moderna e de um Estado Democrático.

No entanto, o filósofo genebrino defendia um modelo de democracia direta e com vistas à vontade geral, que não se traduz na vontade da maioria, e sim representa os interesses comuns ao grupo formador do corpo político do Estado; um interesse comum a todos enquanto coletividade, à todos os cidadãos, objetivando o bem comum. A propalada vontade geral difere da vontade de todos, que é a soma dos interesses particulares de apenas um indivíduo ou de um grupo formado por uma pequena parcela dos indivíduos da sociedade.

Portanto, impende reconhecer que “vontade geral” não carrega consigo a noção de poder da maioria, o qual está limitado, no conceito republicano de democracia, ao momento do sufrágio – esse sim representante da escolha da maioria.

Além da onipotência da maioria solapar os direitos fundamentais das minorias e comprometer o ideal democrático, não se pode tomar, realmente, a vontade da maioria como a vontade livre e consciente do maior número de cidadãos. Isto porque, aos moldes do que nos alerta Schumpeter (1961), essa maioria pode ser o reflexo do denominado “fenômeno da irracionalidade” aplicado às multidões ou manipulados por governos não democráticos ou pelos meios de comunicação – se não pelos dois.

É evidente que o ser humano possui um comportamento diverso sob a influência de aglomeração de pessoas, o que o faz se despir de restrições morais que existiriam se sozinho estivesse. O autor já explica que referido comportamento não está adstrito às multidões em barricadas, mas também se evidencia no parlamento, nos conselhos e reuniões não tidas como aglomerações populares. Mas não é só, o mesmo comportamento pode ser atribuído à coletividades, ainda que não reunidas fisicamente, sob a influência dos meios de comunicação, da propaganda, etc.

Por certo que “vontades e interferências impostas ao eleitorado não podem ser aceitas como condições últimas do processo democrático”. (Schumpeter, 1961, p. 304)

A despeito da proposta de democracia defendida pelo autor, a qual não é objeto do presente estudo, as críticas feitas à filosofia da democracia do século XVIII reforçam a problemática da tirania das majorias arguida por Tocqueville, corroborando à tese de que, em um Estado democrático de Direito, a democracia não está e nem poderia estar calcada na vontade da maioria.

Outra questão relevante, ainda mais quando se refere a democracias representativas como a brasileira, é a substancial diferença entre maioria popular, concernente à maioria da população, como ocorre no processo de escolha dos representantes mediante o sufrágio, e a maioria legislativa, a qual não corresponde, necessariamente, à maioria popular vez que uma parte significativa da população não participa ativamente do processo eleitoral. Ademais, os interesses pessoais, as distorções promovidas durante o processo eleitoral, bem como as forças econômicas atuantes tanto nas eleições quanto no decorrer do mandato impedem, com lamentável frequência, a que os representantes, eleitos pelo voto popular, expressem os desejos e necessidades daqueles que o elegeram ou, até mesmo, que sigam a vontade da maioria da população já que receberem poderes para decidir os assuntos de sua competência legiferante com total autonomia em relação à vontade daqueles que os elegeram.

(NOVELINO, *s/d*) Também não existem instrumentos de controle ou de vinculação dos representantes perante seus representados, restando os eleitos garantidos no poder na duração total de seus mandatos – o que Cruz e Bodnar (2012) denominam de figura do representante fiduciário, ou seja, sem caráter revogável.

Essa vinculação ao interesse das maiorias advém do próprio princípio republicano. A ética republicana pode ser condensada na prevalência do bem comum ao particular – que deve coincidir exatamente com o interesse da maioria para que o interesse público seja legítimo.

No entanto, ainda que seja da essência dos governos democráticos sua submissão ao interesse da maioria, é certo que os direitos das minorias não podem ser solapados em decorrência dessa prevalência, afinal, na condição de cidadãos, também são detentores de direitos que devem ser respeitados embora não se sobreponham, quando em confronto com o interesse da maioria. É de rigor a proteção das minorias dos excessos de maiorias legislativas, dos excessos democráticos, impedindo que esta se transforme em uma maioria tirânica. Esse respeito aos direitos das minorias é um imperativo decorrente do próprio Estado Democrático de Direito mediante os direitos fundamentais à ele inerentes e resguardados pelo texto fundamental.

É exatamente neste ponto que entra o constitucionalismo, a fim de proteger direitos fundamentais e garantir a separação e independência dos poderes, impondo limites à soberania popular, conforme previa a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 16º:

Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Esse é o paradoxo vivenciado pelo atual Estado Democrático de Direito: a necessária tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados a fim de resguardar os direitos dos cidadãos se faz mediante restrições à soberania popular, restrição política materializada, em regra, mediante os representantes parlamentares escolhidos pelo povo.

3. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE COESÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A possível solução do conflito se dá na democracia constitucional preconizada por Ferrajoli (2008, p. 28), “um modelo de democracia fruto de uma mudança radical de paradigma sobre o papel do direito produzido nestes últimos cinquenta anos, mudança a qual,

hoje em dia, ainda não tomamos suficiente consciência e, sobretudo, cujas formas e técnicas ainda estamos longe de haver elaborado e assegurado”. O autor apresenta a democracia constitucional como uma alternativa à democracia por ele denominada de majoritária ou plebiscitária consistente essencialmente na onipotência da maioria, portanto, legitimadora de abusos. Para o autor, a democracia plebiscitária padece de vícios de inconstitucionalidade vez que a constituição é justamente um sistema de limites e de vínculos a todo poder (FERRAJOLI, 2008, p. 25-26).

Se quisermos fixar uma época para marcar esta mudança de paradigma, tanto da estrutura do direito como da natureza da democracia, podemos assinalar certamente o ano de 1945 ou o período compreendido entre 1945 e 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo – foram os anos cruciais para o nascimento do atual paradigma da democracia constitucional. São exatamente as mesmas circunstâncias culturais e políticas, já aludidas, que transformaram o paradigma do constitucionalismo – o constitucionalismo contemporâneo: a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, A Constituição italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1948; época em que se chega ao veredito de que o consenso das massas, sobre os quais estavam fundadas as ditaduras fascistas, mesmo sendo majoritário, não poderia ser a única fonte de legitimação do poder (FERRAJOLI, 2008, p. 28).

Redescobre-se, em suma, não somente em nível estatal mas internacional, o valor da constituição como norma dirigida a garantir a divisão de poderes e os direitos fundamentais para todos, exatamente os princípios que foram negados pelo fascismo. Pode se afirmar que o antifascismo é uma marca inerente a todas as democracias contemporâneas, nascida nas ruínas da Segunda Guerra Mundial. A democracia foi redefinida e, por assim dizer, tomou uma nova consciência de si mesma, através da negação do fascismo e de tudo quando o fascismo solapou – o valor da paz, a divisão dos poderes, a igualdade de todos os cidadãos, a tutela dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2008, p. 28). Já não existe soberania interna, uma vez que todas as autoridades públicas, incluindo o legislativo e, portanto, o parlamento, e com ela a soberania popular, agora estão sujeitos à lei constitucional (FERRAJOLI, 2008, p. 29).

Com base neste novo paradigma constitucional surgido após a Segunda Guerra – o já referido constitucionalismo contemporâneo, que o autor defende uma mudança de paradigma também da democracia – da democracia majoritária ou plebiscitária à democracia constitucional, calcada nos direitos fundamentais, os quais classifica, do ponto de vista da teoria do direito, como aqueles direitos atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 92).

São os direitos fundamentais que dão a conotação “substancial” ao Estado de Direito e à democracia constitucional. São substanciais porque não se referem à forma (ao quem e ao como se aplicam), mas à substância ou conteúdo das decisões, ou seja, os direitos fundamentais delimitam o que não é lícito decidir ou não decidir, além das, e, talvez, contra as, contingentes vontades das maiorias.

Através dessa concepção os direitos fundamentais delimitam o que o autor denomina de “a esfera do indecidível” no novo constitucionalismo e faz ruir a concepção clássica de democracia como poder da maioria, determinando o momento em que nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir. Consubstanciam-se em limites impostos democraticamente para proteger o cidadão de si mesmo mediante regras prévias e universais – os direitos fundamentais, sejam aqueles de liberdade, que impõem proibições, sejam aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador. Consoante afirma o próprio autor:

Disso resulta desmentida a concepção corrente da democracia como sistema político fundado sobre uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível: do *não decidível que*, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade e, do *não decidível que não*, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais”. (itálico no original). (FERRAJOLI, 2011, p. 26)

Os direitos fundamentais, expressões das necessidades e interesses vitais das pessoas estipulados como merecedores de tutela; valores essenciais e vitais cujo fundamento sociológico, ou origem histórica, se encontram nas conquistas a civilização ao longo da história fruto de lutas ou revoluções, desde sempre proclamados nas cartas constitucionais como o fundamento e a razão de ser do edifício jurídico, foram inicialmente reivindicados, e posteriormente reconhecidos e tutelados, através da atribuição aos indivíduos de expectativas, ou de pretensões ou faculdades, concebidas sempre como direitos subjetivos (FERRAJOLI, 2011, p. 49-91).

Os direitos fundamentais funcionam como limites e vínculo à maioria. FERRAJOLI explica que os direitos fundamentais sempre protagonizaram o papel de lei dos mais débeis como alternativa a lei do mais forte que regeria em sua ausência. Eles garantem direitos essenciais à todos, indistintamente, excluindo a possibilidade de as constituições ficarem à mercê da maioria, e dão nova feição à constituição, como pacto fundante dirigido a assegurar a paz e a convivência civil.

Esses direitos fundamentais figuram como a pedra fundamental tanto do novo constitucionalismo quanto da democracia constitucional expressa pelo autor italiano. Eles que resguardam as garantias cujas conquistas foram tão caras à sociedade e resguardam não somente direitos contra os arbítrios do Estado, como direitos vitais à todo cidadão. Por isso estão acima do patamar de decisão das maiorias, passageiras ou não, constituem a esfera do que não é permitido decidir ou deliberar, as cláusulas pétreas do ordenamento constitucional. E isso não lhes retira o caráter democrático vez que são frutos da soberania popular expressa mediante o poder constituinte. Aliás, pelo contrário, ao se preservar a integridade dos direitos fundamentais aplicáveis a toda a coletividade contribui-se para democracia, vez que se perfaz em uma eficiente barreira à uma de suas principais mazelas – a tirania da maioria. E isso só é possível, justamente, em virtude de o texto constitucional trazer consigo uma base de direitos fundamentais, conquistados ao longo dos anos através de revoluções, que não são passíveis de alteração e possuem como cerne a valoração humana.

Vale dizer, se a democracia fundada na soberania popular delega ao povo a função de criar o seu próprio ordenamento fundamental para reger a sociedade e esse povo impõe regras e limites à sua própria soberania, é porque deseja que sejam respeitadas – é uma espécie de contrato social moderno. Ferrajoli inclusive afirma que o paradigma da democracia constitucional é filho da filosofia contratualista. Num duplo sentido. No sentido que as constituições, outra coisa não são que contratos sociais na forma escrita e positiva: pactos fundantes da convivência civil gerados historicamente pelos movimentos revolucionários que foram impostos aos poderes públicos, de outra forma absolutos, como fontes da sua legitimidade. E no sentido de que a ideia do contrato social é uma metáfora da democracia; da democracia política, dado que alude ao consenso dos contraentes e vale então fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação de baixo, e não do alto, do poder político. (FERRAJOLI, 2011, p. 29)

Na qualidade de pacto fundante dos direitos fundamentais e da convivência civil é que se faz essencial preservar a Constituição vez que “é a primeira ordem que se auto impõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim a ambos” (GODOY, 2012, p. 33) Cultivar o direito – especialmente aqueles considerados fundamentais aos homens – é como cultivar a própria natureza: qualquer descaso ou negligência pode ser fatal (ROCHA, 2014).

Ferrajoli (2008, p. 33) defende que o constitucionalismo não limita a democracia sequer a soberania popular. Para o autor, as normas constitucionais substanciais não são outra coisa que os direitos fundamentais, elas pertencem a todos na qualidade de titulares dos

direitos fundamentais. E é exatamente nessa titularidade comum onde reside o sentido da democracia e da soberania popular.

Chueiri e Godoy (2014) também não visualizam o constitucionalismo como limitador do poder constituinte e sim que o reafirma ao garantir e proteger os compromissos sociais conquistados ao longo da história. Isso acontece quando, por exemplo, o constitucionalismo institui não só a proteção, mas mecanismos de salvaguarda das minorias. Também acontece quando se respeitam e se protegem os reclamos feitos sob a forma de protestos dos grupos sociais mais necessitados.

Para Streck (2009, p. 431), o constitucionalismo é uma regra da democracia e o custo de se viver em um Estado Democrático de Direito, e é no respeito a estas premissas é que se encontra o novo papel para o direito e para a Constituição:

A Constituição, além de ser um elo contedístico que une política e direito em determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra as maiorias. E, ao constituir-se um remédio contra as maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado, solapado a partir de uma ruptura institucional. Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito. É dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o direito e, por consequência, para a Constituição.

Ao fim e ao cabo denota-se que, levando-se em consideração uma perspectiva contemporânea de constitucionalismo e de democracia constitucional, ambas fulcradas nos direitos fundamentais, vislumbra-se que não se tratam de conceitos antagônicos, não existindo a alardeada incompatibilidade entre eles. O constitucionalismo preserva, protege e oportuniza a democracia, retirando-lhe o caráter autodestrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada à mercê da tirania da maioria, oportunizando uma maior liberdade e igualdade entre todos os cidadãos – cânones democráticos.

O poder constituinte, expresso por intermédio da soberania popular, funda a Constituição com as premissas fundamentais que irão gerir toda a sociedade – os direitos fundamentais. Embora referidas direitos possuam o condão de limitar, de maneira considerável, o espaço de atuação dos poderes políticos, o fazem em prol da manutenção da própria democracia, garantindo os direitos fundamentais, a separação dos poderes e outros tantos relevantes corolários do preceito democrático, ainda que contrariamente às maiorias contingentes. Não se pode falar em democracia sem preservação dos direitos fundamentais – tarefa destinada ao constitucionalismo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Revoluções Americana e Francesa e tem por gênese a positivação dos direitos e garantias fundamentais hábeis a proteger o indivíduo do arbítrio do Estado. No entanto acompanhando as transformações sociais às quais o mundo passou, o constitucionalismo também foi sofrendo mutações e, após o paradigma constitucional do Estado Liberal e do Estado Social, exsurge um terceiro paradigma constitucional que se amolda às diretrizes adotadas pelos países no segundo pós-guerra e tendente a inviabilizar as barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial. A Carta Internacional dos Direitos Humanos é o ordenamento condutor desta nova tendência de incluir nos textos constitucionais normas de proteção à dignidade humana e a direitos fundamentais. A Constituição de 1988 foi o marco da adoção, no Brasil, deste novo paradigma constitucional, denominado por muitos juristas de “Constitucionalismo Contemporâneo”.

Portanto, estes direitos fundamentais passaram a ser o escopo da atividade estatal dentro da nova ordem constitucional e ao Estado cabe o papel de dar concretude a referidos direitos constitucionalmente garantidos.

A concepção clássica de democracia está estritamente vinculada às decisões das maiorias. Concepção que advém do próprio princípio republicano. Está na essência dos governos democráticos o respeito à ideia de maioria, não subsistindo o que não se encontra nestes parâmetros, solapando os direitos das minorias.

Levando-se em conta a clássica democracia estaríamos diante de um paradoxo entre constitucionalismo e democracia vez que a democracia é um auto governo do povo, ou seja, o povo decidindo as questões mais importantes que regulam a sociedade, dentro as quais o conteúdo da constituição. Já o constitucionalismo aparece como freio à soberania popular através de uma norma fundamental - a constituição - projetada para limitar o conteúdo e alcance das normas, através de quem elas podem ser feitas e os procedimentos que devem ser adotados. É parte essencial da noção de constitucionalismo que as normas fundamentais não podem ser tocadas pela onipotência da maioria, a qual ela deve limitar, o que torna o constitucionalismo incompatível como a vontade da maioria e, via de consequência, com a própria democracia.

No entanto, a mesma mudança de paradigma ocorrida com o constitucionalismo, não deixou de fora a democracia. Ferrajoli defende uma concepção constitucional de democracia a qual rejeita a premissa majoritária. A principal preocupação democrática deve ser com o

respeito aos direitos fundamentais que são universais a todos os cidadãos e que devem garantir igualdade de todos, essa sim a essência democrática e não a aludida soberania da maioria.

Esta mudança de paradigma, tanto da estrutura do direito como da natureza da democracia, também se deu no período compreendido entre 1945 e 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo – foram os anos cruciais para o nascimento do atual paradigma da democracia constitucional. Exatamente as mesmas circunstâncias culturais e políticas, que transformaram o paradigma do constitucionalismo – o constitucionalismo contemporâneo. Época em que se chega ao veredito de que o consenso das massas, sobre os quais estavam fundadas as ditaduras fascistas, ainda que majoritário, não poderia funcionar como fonte exclusiva de legitimação do poder e tomada de decisões.

É de rigor a previsão de direitos fundamentais que funcionem como limites e vínculos à maioria, que garantam direitos essenciais à toda a coletividade, sem quaisquer distinções, servindo de freio para a utilização e alteração da constituição ao bel prazer das maiorias, passageiras ou não.

A garantia dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana correspondem a uma dimensão nova e afinal inderrogável da democracia e do constitucionalismo. “Os fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais são a paz, a igualdade, a democracia e a tutela dos mais débeis e que estes direitos são estipulados como juridicamente universais porque o pluralismo cultural e político que marca toda a sociedade liberal e democrática impede um universalismo moral” (FERRAJOLI, 2011).

É exatamente neste ponto que entra o constitucionalismo, a fim de impor limites à soberania popular, garantindo, dentro da lógica do Estado Democrático de Direito, a proteção às minorias via preservação dos direitos e garantias fundamentais. “Preservando o básico, via direitos maiores, a Constituição protege as minorias, contornando a inexistência de legislação específica e se baseando num simples e imprescindível ponto: a constituição protege as minorias com princípios que protegem a todos da forma mais democrática e universal que se pode imaginar” (ALMEIDA, 2014).

Esses direitos fundamentais figuram como a pedra fundamental tanto do novo constitucionalismo quanto da democracia constitucional preconizada por Ferrajoli. Eles que resguardam as garantias cujas conquistas foram tão caras à sociedade e resguardam não somente direitos contra os arbítrios do Estado, como direitos vitais, essenciais à todo cidadão. Por isso estão acima do patamar de decisão das maiorias, passageiras ou não, constituem a esfera do que não é permitido decidir ou deliberar, as cláusulas pétreas do ordenamento

constitucional. E isso não lhes retira o caráter democrático vez que são frutos da soberania popular expressa mediante o poder constituinte. Aliás, pelo contrário, ao se preservar a integridade dos direitos fundamentais aplicáveis a toda a coletividade contribui-se para democracia, vez que se perfaz em uma eficiente barreira à uma de suas principais mazelas – a tirania da maioria. E isso só é possível, justamente, em virtude de o texto constitucional trazer consigo uma base fundamental com direitos essenciais, fulcrados na valoração humana, e que não são passíveis de alteração.

A democracia fundada na soberania popular delega ao povo a função de criar o seu próprio ordenamento fundamental para reger a sociedade. Uma vez que esse povo impõe regras e limites à sua própria soberania e aos poderes constituídos é porque deseja que sejam respeitadas como um imperativo de convivência social, garantia de direitos mínimos à todo cidadão indistintamente e forma de resguardo da democracia evitando que ela se desvirtue. O constitucionalismo preserva, protege e oportuniza a democracia, garantindo a separação entre os poderes e retirando o caráter autodestrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada à mercê da tirania da maioria, oportunizando uma maior liberdade e igualdade entre todos os cidadãos – cânones democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, S. F. C. de. **Democracia, constitucionalismo e ativismo judicial: uma análise do ambiente jurídico atual no reconhecimento das relações homoafetivas**. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/1594/1284> Acesso em: 14 jul. 2014.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, P. **Constituinte e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CHUEIRI, V. K.; GODOY, M. G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100009&script=sci_arttext> Acesso em: 10 jul. 2014.
- FERRAJOLI, L. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: **Democracia Y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. Al. Madri: Trotta, 2008.
- GODOY, M. G. de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KELSEN, H. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARTINS, F. B. **Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOVELINO, M. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora JusPodivm.

PASOLD, C. L. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>

ROCHA, C. L. A. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Trad: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. (org.). **Contitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO: UMA CRÍTICA À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB O PRISMA OCIDENTAL

*Márcia Sarubbi Lippmann*⁵⁰
*Manuela Cristina Andrade Lacerda*⁵¹

INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente discorrer acerca da globalização e sua relação com os direitos humanos no cenário contemporâneo com foco na crítica à tentativa de universalização dos direitos humanos sob o prisma da sociedade ocidental. Para tanto, principia-se apresentando alguns lineamentos acerca da globalização, perpassando por seu processo evolutivo, conceituação e correntes. Passa-se então a abordar a árdua temática da globalização e da governança mundial, com ênfase na implementação da democracia em nível global. Uma vez estabelecidas as bases do processo de globalização e compreendendo este como um processo irreversível em nossa sociedade, afronta-se a temática dos direitos humanos no cenário multicultural e globalizado, estabelecendo que a construção dos direitos humanos que se pretende disseminar no mundo globalizado, é a concepção ocidental; todavia compreende-se que esta concepção é insuficiente para atingir o desígnio de uma universalização, pois carece de legitimidade e identidade com cenários não ocidentais, como é o caso dos países islâmicos do oriente médio, cenário este possuidor de seu próprio sistema de direitos humanos, coerente e em sinergia com sua realidade cultural, política, religiosa e econômica. Nesse cenário mostra-se imperativo a discussão de temas que vem espargindo suas fronteiras, como o caso presente.

1. LINEAMENTOS ACERCA DA GLOBALIZAÇÃO

Antes de se adentrar no tema dos Direitos Humanos, importante traçarem alguns lineamentos sobre a Globalização, eis que se trata do fenômeno que vem convergindo para uma ruptura de paradigmas nas mais diferentes áreas atingindo todos no planeta.

O fenômeno da Globalização pode ser entendido como um processo multidimensional, composto por vários processos, cujos atores não são predeterminados, e através do qual, as características fundamentais do Constitucionalismo Estadual são rompidas.

⁵⁰ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Minho em Portugal. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí no Brasil.

⁵¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante, na Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí no Brasil.

Oliviero (2014) leciona e adverte que globalização é um fenômeno econômico, cultural, social e, sobretudo jurídico, que não pode ser confundido com ordenamentos supranacionais (Mercosul, União Europeia, etc), nestes os únicos atores envolvidos são os Estados integrantes desses grupos com objetivos comuns (normalmente econômicos), enquanto que na Globalização os atores são multidimensionais e não tem exatamente um objetivo comum.

Um dos primeiros teóricos a tratar de conceituar globalização foi Giddens (1996, p. 12-13), para quem “a globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada com o surgimento de um “sistema mundial”. A globalização trata efetivamente da transformação do espaço de tempo”.

O conceito desse fenômeno foi alvo de diferentes tratamentos e discussões, Prado (2014), justifica que embora a matéria seja controvertida, e como todo e qualquer conceito imperfeitamente definido, possa significar coisas diferentes para pessoas diferentes, podem-se identificar quatro linhas básicas para interpretação: “(i)- globalização como uma época histórica; (ii)- globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; (iii) globalização como hegemonia dos valores liberais; (iv) globalização como fenômeno sócio-econômico”.

No que tange ao conceito de globalização, o mesmo, Prado (2014) afirma que “começou a ser empregado desde meados da década de 1980, em substituição a conceitos como internacionalização e transnacionalização”, entretanto, continua o autor, “somente ao fim da década de 1980 e, particularmente, na década de 1990 é que o termo globalização veio a ser empregado principalmente em dois sentidos: um positivo, descrevendo o processo de integração da economia mundial; e um normativo prescrevendo uma estratégia de desenvolvimento baseado na rápida integração com a economia mundial. [...]”.

Embora o termo e os conceitos emerjam de uma recente discussão o fenômeno da globalização não é um fenômeno jovem, senão ao contrário, é bastante antigo e teve pelo menos quatro etapas de evolução e involução, identificadas por Oliviero (2014) como as quatro etapas fundamentais.

A primeira fase ou “Fase 1 compreendida de 1870 a 1914”, tem como marco final a Primeira Guerra Mundial.

[...] a chamada Belle Epoque, Gold Standard, English Egemony, teve como características: a grande depressão mundial, desocupação em massa, política tarifária. Foi uma fase de desenvolvimento hegemônico, e como consequência primária determinar uma depressão econômica que pela primeira vez foi extra-estadual (OLIVIERO, 2014).

A segunda fase ou “Fase 2, compreendida entre 1919 – 1939, é chamada de Deglobalização, inicia com o fim da primeira guerra e termina com a segunda guerra mundial. Como marcos importantes essa fase teve o Bipolarismo e a Guerra Fria, o Plano Marshal, Bretton Woods, entre outros” (OLIVIERO, 2014). O fenômeno da Bipolarização, através do qual o equilíbrio mundial se reduz a dois polos, de um lado o modelo norte americano e de outro a resposta socialista soviética, é produzido nesta fase.

Por fim a terceira e quarta fases, ou também chamada de segunda e terceira onda de Globalização compreendida entre 1954 - até hoje.

Na segunda onda (1954 – 1980), evidencia-se a diferenciação nas duas faces do mundo, uma industrializada e outra não. O desenvolvimento do estado necessita sacrificar parte do território para permitir um desenvolvimento industrial mais alto (Norte/Sul). São os anos mais fortes da bipolarização do mundo. Entre os anos 50 e 80 o conflito destas duas visões se produzia nos países que estavam fora dessa bipolarização (OLIVIERO, 2014). Ao final dos anos 80 acaba a experiência institucional do polo da experiência socialista.

Nos anos 90 até 2000, Oliviero (2014), referencia como época em que definitivamente se deixou livre o conceito de globalização, em que pese ter sofrido efeitos de um conceito ideológico.

Por fim, a terceira onda (1980 – até os dias atuais), na qual se identifica o deslocamento da produção, evidencia-se o desenvolvimento e crescimento de outros países (China, Índia, Malásia, Tailândia, Estados Europeus, Brasil, México) que não mais as grandes potenciais dominantes (EUA e URSS). Evidenciam-se fatores como o constante deslocamento da produção e integração no Sudeste e Leste Asiático, a fusão de capital, etc. (OLIVIERO, 2014).

Objetivamente Hobsbawn (2007, p. 10) entende a globalização como um processo pelo qual o mundo é visto “como um conjunto único de atividades interconectadas que não são estorvadas pelas fronteiras locais”. E, numa visão mais pessimista afirma:

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt com um outro nome. (BAUMAN, 1999, p. 63-65)

Para Martin Mateo (2003, p. 23), uma definição aproximada de Globalização,

[...] indica que se trata de la liberalización del comercio y de los mercados de dinero; lo que va unido a la privatización y a la desregulación de las actividades económicas, así como el desarrollo de la información y de las comunicaciones. La globalización supone desarrollo, crecimiento, prosperidad económica, pero según los grupos que se oponen a ella, a<costa de los países en desarrollo>, que frente a un estado de liberalización, se encuentran en desventaja ante la falta de tecnología, de formación, de instituciones aptas para llevar a cabo esos cambios.

A Globalização, portanto, se mostra como fenômeno que emerge do seio das Sociedades há muitos anos, e que tem de fato um objetivo comum em todas as Sociedades. O grande desafio dos teóricos da área é identificar quais esses pontos comuns que permeiam os objetivos estatais e que convergem para o ideal Social e como administrar e/ou torná-los efetivos de forma igualitária de forma global.

Anthony Giddens alerta que:

Embora ainda dominada pelo poder ocidental, hoje em dia a globalização não pode mais ser qualificada como uma questão de imperialismo unilateral. A ação à distância foi sempre um processo bilateral; agora, entretanto, cada vez mais não há qualquer “direção” óbvia para a globalização, e suas ramificações estão sempre mais ou menos presentes. Em consequência disso, a fase atual da globalização não deve ser confundida com a fase precedente, cujas estruturas ela atua no sentido de cada vez mais subverter. (BECK, 2012, p. 149-150).

A globalização é um fenômeno de consequências irreversíveis e que precisa ainda de muitas tratativas para se encontrar o ponto nevrálgico de equilíbrio entre os diferentes países, não diz respeito, como salienta Giddens (1996, p. 13) “apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também à transformação de contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social”. Explica ainda que não é um processo único, mas uma mescla de complexos processos com objetivos e consequências distintas e alerta que a partir da verificação da sua existência como fenômeno irreversível, emerge a necessidade de identificação e regulação de uma ordem social pós-tradicional, que “não é aquela na qual a tradição desaparece – longe disso. É aquela na qual a tradição muda seu status”.

2. GLOBALIZAÇÃO E GOVERNANÇA MUNDIAL

Vê-se, portanto, que diferentes correntes doutrinárias se manifestam apresentando fórmulas que poderiam, na prática, impor as regras da Globalização para uma democracia e governança mundial.

Samuel Hantinton e Francis Fukuyama, embora coadunem dos mesmos propósitos apresentam diferentes fórmulas para implantação da democracia. O primeiro defende que

somente através da força isso seria possível, ou seja, através da imposição em nível básico, destruindo as bases existentes e impondo a democracia. Enquanto que Francis Fukuyama (1992), considera que a globalização representa uma universalização dos valores da democracia liberal e ordem econômica, entende que nada se consegue com a imposição violenta, mas com uma imposição mais gradual. Impondo regras que permitam a comunidade adquirir as regras da democracia de forma gradual. Deve-se exportar as regras básicas da democracia, e através dos instrumentos de exercício democrático aos pouco se convertam as formas nacionais de governança mundial (OLIVIERO, 2014).

Há ainda, destacou Oliviero (2014), o pensamento de Bruce Ackerman, que se atém mais ao aspecto econômico da globalização e para quem o fenômeno econômico é mais evidente, mas em longo prazo não o será, pois a longo prazo o maior problema será a questão jurídica. Identifica que a globalização necessita que o foco seja despejado sob o âmbito jurídico, que o debate da globalização tenha como enfoque a questão das regras.

Por outro lado, Luigi Ferrajoli, que embora acentue essa ideia, de que o debate deve realmente sair do âmbito econômico, observa que deve-se tomar cuidado porque, ainda que não tenha regras escritas, a globalização possui muitas regras que se impõem no mercado de forma contumaz (OLIVIERO, 2014).

O espaço tridimensional do debate sobre a Globalização também apresenta-se sob ideologias ou correntes distintas, tais como os Hiperglobalistas e os céticos⁵²; os neoliberais e o Neomarxismo (críticos radicais)⁵³ e ainda a teoria da homogeneização em contraponto ao heterogenismo⁵⁴.

A globalização é um fenômeno ou processo que se vivencia há muito tempo, e tem se acentuado na atual realidade social, seja com consequências positivas ou negativas.

O principal destaque é o aspecto econômico, pois através dos mercados o fenômeno ou processo manifesta-se em larga escala.

Valls (2003, p. 88), destaca:

⁵² Os Hiperglobalistas se diferenciam dos céticos pela teoria extrema da globalização, na qual esta se desenvolve de forma mundial, em razão do mercado sem que se perceba. É uma teoria radical, que pretende que seja deixado livre o processo e que com o tempo o próprio processo buscara seu equilíbrio. De outro lado, há os céticos que não reconhecem nenhuma vantagem do processo de globalização. (OLIVIERO, 2014)

⁵³ A contraposição entre essas duas teorias reside no fato de que para os primeiros não excluem na totalidade o processo global, e não veem necessidade de imposição de regras, sendo que a globalização este seria a democracia liberal democrática. Já para os Neomarxistas, pedem que regras sejam impostas e são muito críticos a liberal democracia. Seu pressuposto fundamental é o modelo marxista. (OLIVIERO, 2014)

⁵⁴ Ambas tratam da dimensão cultural e para as duas a globalização tem uma cara boa. Para a primeira globalizar significa reduzir as diferenças, enquanto que a segunda embora evidencie as diferenças entende que elas é que possibilitam uma melhor interação entre as nações. (OLIVIERO, 2014)

Después del fracaso del sistema de las economías del antiguo bloque socialista y el refuerzo de la economía de mercado, parece imparable la tendencia hacia la fusión del mundo en un solo espacio económico. Emerge así el proceso de globalización de la economía como un producto de interacción entre el avance del mercado y el progreso técnico a través de la moderna revolución tecnológica, la expansión y concentración de los mercados financieros, el crecimiento del comercio exterior de bienes y sobre todo de servicios y las inversiones internacionales. Las estructuras económicas y tecnológicas se hacen progresivamente más internacionales y más complejas en el tiempo (OCDE, 1997). A la postre se perfila una <unificación de economías locales, regionales y nacionales en un *océano* económico global y único, donde se producen oceánicas olas de competencia, en lugar de pequeñas olas y simples mareas graduales> (Luttwarck, 1995).

En los noventa se empieza a hablar de globalización propiamente dicha, en el sentido del propósito existente de construir un único mercado global.

Esse processo, ainda que acentuadamente econômico não se verificou apenas nesta área, senão em diferentes campos da sociedade, e atingiu de maneira global toda a população, conforme constata Valls (2003, p. 89):

[...] globalización quedaría resumido en la siguiente propuesta de definición: cambio global es el conjunto de transformaciones tecnológicas, económicas, sociales y de otros tipos que se viven en un determinado momento y cuyos efectos humanos y ambientales se manifiestan, por primera vez a lo largo de la historia, en todo el planeta y en toda la especie humana, aunque a veces de forma muy distinta.

Essa análise de Josep Valls, deixa evidente que o processo de globalização contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da economia e das diferentes culturas nos diversos aspectos de integração, entretanto o autor chama atenção para um aspecto de fundamental importância e que não seria um aspecto positivo do fenômeno, senão ao contrário, pois trata-se de um fator de desequilíbrio social e o que é pior, ambiental que vem acarretando no esgotamento dos recursos naturais, senão vejamos suas observações:

En definitiva, y en cualquier caso, ha habido una evolución tecnológica que ha acabado conformando un gran cambio global en el aspecto demográfico o en el económico, entre otros, pero con una globalización de la economía que ha configurado también un mundo en el que a nivel global tenemos más desequilibrios sociales de los que hayamos tenido nunca a lo largo de la historia. Finalmente, este gran cambio global demográfico, con esta nueva economía también globalizada y que dibuja unos desequilibrios sociales muy importantes, está generando unos desequilibrios naturales, es decir, unos impactos sobre el medio ambiente que adquieren asimismo, como nunca en la historia, esta escala global, como es el caso del ya mencionado calentamiento global. (VALLS, 2003, p. 90)

Definitivamente a globalização sob o aspecto econômico propiciou grandes avanços e desenvolvimentos aos diferentes estados nacionais em todo o planeta, dado o avanço da mobilidade e o aumento das relações em grandes distâncias, ainda que não tenha atingido a todos.

Desse progresso econômico emerge a total integração e impõem a adoção de

dinâmicas comerciais cuja responsabilidade pela implantação de meios para proporcionar o acesso e integração, ainda não se encontram de acordo, pois além dos custos para implantação de estradas para ligar diferentes cidades, há ainda o impacto ambiental a ser suportado por todo o planeta.

Nas palavras de Valls (2003, p. 98):

Es decir, cómo se aborda la problemática de los denominados *costes transaccionales*. Éstos se hacen cada vez mayores y más importantes y, además, no tenemos elementos de gestión ni gestores para lo que podríamos denominar como bienes públicos globales (la atmosfera, el espacio aéreo, el mar, los bosques, et., es decir, las carreteras del símil anterior).

A necessidade de discussões para finalmente encontrar soluções e propostas para transformações em níveis globais é cada vez mais emergente. Diferentes Estados já vivenciam uma grave crise em diferentes esferas (social, ambiental, econômica) em especial com relação aos Direitos Humanos. Essas experiências tendem a se alastrar a atingir a todos indiscriminadamente se um movimento em nível mundial não for adotado e difundido o mais rápido e tecnologicamente falando.

3. DIREITOS HUMANOS E SUA CONSTRUÇÃO OCIDENTAL

Colhe-se da lição de Bobbio (1992, p. 30) que os Direitos Humanos⁵⁵ nascem como direitos naturais universais e desenvolvem-se como direitos positivos particulares encontrando sua plena realização como direitos positivos de caráter universal.

Os Direitos Humanos são conceituados, apresentados e pensados – de modo tradicional e hegemônico – como sendo “direitos inerentes a todos os seres humanos, sem distinção alguma de nacionalidade, lugar de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra condição”⁵⁶. Desta feita, em conformidade com a teoria tradicional, os Direitos Humanos são caracterizados como universais, uma vez que decorreriam da própria dignidade humana representada pela essência da natureza do homem⁵⁷.

⁵⁵ Cabe aqui precisar que adota-se a denominação direitos humanos, todavia, reconhece-se o uso de múltiplas terminologias para nomear os direitos essenciais a pessoa humana, tais como: “direitos naturais”, identificada com o jusnaturalismo, porém em desuso; “direitos públicos subjetivos” surge com a intenção de delimitar os direitos considerados essenciais à pessoa humana dentro de um marco positivista; “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, terminologias adotadas pela doutrina francesa; “direitos morais” para o direito anglo-saxão (MARTÍNEZ, 1999, p. 25, PÉRES LUÑO, 1999, p. 33, MARTÍNEZ, 1999, p. 35).

⁵⁶ Texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

⁵⁷ Para Habermas, os direitos humanos, (...) relacionam-se como normas morais com tudo “que porta o rosto humano”, mas como normas jurídicas protegem as pessoas individualmente apenas à medida em que elas

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece em seu texto a noção de universalidade. Destaca “como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (...) por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva”. Dispõe em seu artigo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e aduz, no art II, que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Neste contexto, o ideário dos Direitos Humanos universais tem sua origem e se justifica na própria natureza da condição humana, ou seja, todos são dotados destes direitos ao nascer, independentemente da realidade sociocultural em que se encontrem.

A noção tradicional e hegemônica dos Direitos Humanos é decorrente da positivação no âmbito internacional cuja ápice legislativo ocorreu no Pós-guerra, com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos datados de 1966. Tais documentos legislativos foram cunhados na Organização das Nações Unidas (ONU).

A construção internacional dos Direitos Humanos foi realizada em um contexto histórico de repúdio às violações da vida humana ocasionadas pelo período de guerras.⁵⁸ É inegável que a barbárie e o totalitarismo significou o rompimento do paradigma dos Direitos Humanos por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito.

Desta feita, por meio da ratificação de diversos textos de Direito Internacional de Direitos Humanos foi erigido um *corpus* legislativo ocidentalizado para tutelar os direitos humanos com pretensão de aceitação em nível universal. Nessa linha os governos envolvidos comprometeram-se a inserir em seus textos de direito interno os postulados de Direito Humanos em nível internacional fenômeno que que ser visto em vários textos constitucionais de países ocidentais, compatíveis com as obrigações assumidas perante à comunidade internacional.

pertencem a uma comunidade jurídica – via de regra, são cidadãos de um Estado nacional. Portanto existe uma tensão peculiar entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua efetivação (HABERMAS, Jürgen. 2002. p. 149).

⁵⁸ Em particular, as violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial pelo Regime nazista de Hitler na Alemanha e o fascismo de Benito Mussolini na Itália, que deixaram o mundo perplexo.

A inserção e efetivação dos Direitos Humanos é tarefa árdua a ser realizada pelos Estados. Hodiernamente nos deparamos no Brasil com a enorme dificuldade de concretização dos Direitos Humanos (saúde, educação, proteção à mulher, à criança, ao preso às minorias).

Neste sentido trascreve-se a passagem retirada do texto do 5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil. Núcleo de Estudos da Violência da USP (2012, p. 07):

Ademais, mais do que nunca, convém reconhecer que as graves violações de direitos humanos não são um problema deste ou daquele governo; são desafios colocados à sociedade e ao Estado. Se o Estado deve “(re) aprender” a lidar com tais problemas e desafios, a sociedade e os cidadãos devem estar habilitados fazer uma autocrítica para também “(re) aprender” valores tais como paz, democracia, tolerância, respeito às diferenças, conquistas inegáveis da sociedade contemporânea a qual, conquanto atravessada pelo pluralismo social, político e cultural, reaprende formas de convivência e de respeito mútuo entre grupos marcados por suas diferenças.

Vale dizer que não é a proposta central para a nossa pesquisa o relevante tema da não implementação dos Direitos Humanos no cenário ocidental eis que o objeto de estudo caminha para outro ângulo de abordagem. Sabemos, contudo, da importância e do longo e complexo caminho que temos que percorrer em busca da efetivação e da garantia das tutelas presentes nos textos ocidentais de Direitos Humanos.

4. DIREITOS HUMANOS MULTICULTURALISMO E GLOBALIZAÇÃO: CRÍTICA A PRETENSA UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Vivemos em uma sociedade globalizada e multicultural, fazendo com que o contato cada vez maior entre os povos-culturas-leis-religiões gerem situações de conflito que não encontram solução pronta nos manuais tradicionais de direito. Vivemos em um novo tempo, em que a informação viaja na velocidade da luz, fazendo com que um evento ocorrido no Continente Americano, em questão de minutos, afete drasticamente a Europa, assim como a aplicação da pena de apedrejamento/lapidação em face da prática de adultério em um país islâmico, seja noticiada amplamente pelas redes sociais do mundo, causando uma indignação global. É nesse cenário que surge um problema extremamente complexo a ser analisado: como garantir os direitos basilares aos indivíduos? Aqueles direitos que todos nós devemos ter garantidos, independentemente da cultura do local em vivemos ao mundo?

E aí nos deparamos com outras duas importantes questões: quem determina quais são estes direitos? Em que realidade histórica-social-cultural eles foram plasmados?

Vivemos em uma sociedade globalizada e multicultural. No entanto, quem molda os seus parâmetros são o capitalismo empurrado pelo viés imperialista norte-americano. Com

isso forma-se uma organização da comunidade internacional tendo como centro o eixo central a Europa e a América do Norte. É dentro desse ângulo que enxergamos o mundo: o prisma do capitalismo Ocidental. Os valores corretos se baseiam na visão ocidentalizada de mundo.

Diante dessa visão unilateral de mundo surgem três questões: por qual motivo essa é a visão correta? Por que somente essa visão deve ser aceita? Por qual motivo a noção de Direitos Humanos deve ser norteada pelo padrão ocidentalizado?

Conforme Habermas a visão capitalista e ocidentalizada de Direito Humanos decorre de uma relação de domínio e de poder do Ocidente sobre as demais partes do globo:

[...] a validade universal, o conteúdo e a procedência dos direitos humanos permanecem controversos. O discurso acerca dos direitos humanos, baseado em argumentos normativos, é inclusive acompanhado da dúvida fundamental se acaso a forma de legitimação política nascida no Ocidente seria de um modo geral aceita sob as premissas de outras culturas. De modo radical, intelectuais ocidentais defendem mesmo a afirmação segundo a qual por detrás da reivindicação de validade (*Gültigkeit*) universal dos direitos humanos esconde-se apenas uma pérfida reivindicação de poder (*Macht*) do Ocidente (HABERMAS, 2002, p. 151).

É nesse cenário conflitual que encontramos a relação entre o mundo ocidental e o mundo islâmico, heterogêneos e protagonistas de um novo encontro no mundo global, que Samuel P. Huntington definiu como “civilização”.

Partindo da necessidade da efetiva universalização dos Direitos Humanos é premente que estes tenham a possibilidade de transpor barreiras de cunho geográfico, cultural, histórico e religioso, partindo então de uma mesma matriz que deve ser determinada através da busca de pontos de convergência entre as mais diversas culturas. Trata-se de uma tarefa árdua e complexa, todavia, sem uma matriz comum é impossível a permeabilidade destes direitos em realidades culturas e religiosas distintas ao redor do mundo, ficando então os Direitos Humanos de caráter universal, personalizados pela Declaração Universal dos Direitos de 1948, circunscritos às realidades ocidentalizadas.

É necessário que se tenha como referencia que a realidade em foram plasmados os Direitos Humanos no Ocidente não se comunica com a realidade, por exemplo ,do mundo islâmico. Os antecedentes histórico-culturais desses dois sistemas são distintos⁵⁹.

Ao proceder-se a análise dos documentos sobre os Direitos Humanos elaborados nas últimas décadas, ficam evidentes os principais obstáculos de que impossibilitam uma

⁵⁹ Norberto Bobbio (1992, p. 5) afirma que: “Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

completa adesão por parte dos países islâmicos a moderna cultura dos Direitos Humanos oriunda da Declaração Universal dos Direitos de 1948.

Como exemplo cita-se o disposto no artigo 10 da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, de 5 de agosto de 1990. Ela contrasta com a liberdade de religião ao afirmar que o Islã é a religião natural do ser humano. Convém aduzir que no mundo islâmico o abandono da fé islâmica implica na morte social. Outro ponto de grande conflito, diz respeito ao disposto no art. 6. do mesmo texto, pois a igualdade entre homens e mulheres não é tratada de forma clara e objetiva. Existem vários pontos a serem problematizados, mas o objetivo desta intenção de pesquisa não é de esgotar o tema, mas apenas exemplificar algumas questões conflituais⁶⁰.

Desta feita, não se pode falar de universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 nos países islâmicos do Oriente Médio pois o texto em alusão não se comunica com a realidade dos referidos países, conforme brevemente exemplificado acima.

Todavia, existe por parte do mundo ocidental e islâmico um clamor por mudanças e redefinições. Nossa sociedade é globalizada e é necessário que a globalização [...] seja assumida como uma nova maneira de estar no mundo e que implique, portanto, em um novo estilo de vida (CRUZ, 2009, p. 24).

A primavera árabe é um exemplo de como a sociedade islâmica clama por mudanças, sendo essas somente concretizáveis através da democratização dos Direitos Humanos e da abertura de um espaço de diálogo multicultural, que possa consentir com a produção de um texto normativo legítimo.

Passa-se então a abordar a questão releitura do universalismo auto-proclamado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e sua “natural” incompatibilidade à realidade cultural dos estados islâmicos do Oriente Médio à luz da Teoria Crítica dos Direitos Humanos de Joaquim Herrera Flores.

Joaquim Herrera Flores propõe a partir de uma teoria crítica a (re)invenção dos Direitos Humanos. Compreende que o mundo não é estático, mas se encontra em constante

⁶⁰ A construção dos direitos humanos nos países islâmicos do oriente médio, gerou a produção dos seguintes textos normativos A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 19 de setembro de 1981, baseada no Corão e na Sunnah; A Constituição da República Islâmica do Irã, de 15 de novembro de 1979, que garante os direitos individuais a princípio, mas estes valem desde que não carreguem elementos contrários à cosmovisão islâmica, assim os princípios do Islã funcionam como limites às liberdades, retirando destas, conseqüentemente, parte de sua eficácia; a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, de 5 agosto 1990, os direitos e as liberdades fundamentais são parte da religião islamica; Carta Árabe dos Direitos do Homem, de 15 Setembro de 1994, que apresenta em seu art.4 que nenhuma limitação será colocada nos direitos e liberdades reconhecidos nessa carta, a não ser pela lei e pela necessidade de proteger a segurança nacional ou a economia, ordem pública, saúde ou morais ou os direitos e liberdades de outros.

movimento e transformação. Desta feita, não se pode conceber nada, inclusive a própria noção de Direitos Humanos ou a violação a estes como imutável ou natural, fechando as portas à crítica e à possibilidade de modificação (CADERMATORI, 2012, p. 169).

Neste sentido, perceber os Direitos Humanos como o resultado de lutas tem como consequência concebê-los como transitórios, contextuais e complexos. Esta concepção leva à construção de uma teoria realista e crítica pensando no mundo não apenas como ele é, mas como deveria ser.

Significa ter um pensamento crítico de combate, com a conscientização das pessoas no sentido da importância do reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas também do empoderamento dos grupos desfavorecidos, para que possam lutar por dignidade. E uma teoria que tenda à abertura epistemológica, intercultural e política, portanto, o aprofundamento do conceito de democracia não pode ocorrer sem uma interconexão com o reconhecimento, o respeito, a reciprocidade, a redistribuição de riquezas. (CADERMATORI, 2012, p. 169)

O contexto atual globalizado em que vivemos é diverso do contexto no qual os Direitos Humanos foram criados. Atualmente, a intenção é divergente, ou seja, é de criticar a avalanche ideológica criada pelo neoliberalismo “[...] agressivo e destruidor das conquistas sociais arduamente alcançadas pelas lutas de movimentos sociais, partidos políticos de esquerda e sindicatos durante mais de um século e meio” (HERRERA FLORES, 2009, p. 71).

As desigualdades criadas por esse modelo famigerado levam as populações à miséria, em um cenário no qual o interesse econômico suplanta o interesse social, sem que ocorra a justa e adequada distribuição de recursos para a promoção de uma maior igualdade social. A implantação do liberalismo, calcado em uma ótica capitalista desenfreada, tornou uma ordem baseada no capital, na rápida e desigual obtenção de benefícios econômicos decorrentes de intensos fluxos de capital financeiro.

A crise dos bancos norte-americanos de 2009 causou abalo financeiro local e global fruto de uma especulação famigerada do mercado norte-americano. A crise norte-americana impactou não apenas na realidade estadunidense que teve que se adaptar a uma situação de instabilidade e de miséria há tempo não vivenciada. Viu-se, ainda, uma Europa ser arrastada pelo *efeito dominó* da especulação financeira. A baluarte das garantias sociais, berço da Revolução Francesa e atualmente enlaçada pela União Europeia foi tomada da noite para o dia pela redução de direitos oriundos de conquistas de séculos em razão de uma crise econômica avassaladora. A defensora dos direitos e igualdades sociais passou à implementação de medidas discriminatórias, contrariando o princípio da igualdade entre

nacionais e estrangeiros, pois estes deixaram de receber benefícios do Estado (seguro desemprego), ao passo que os nacionais europeus, os tiveram mantidos.

[...] devemos nos dirigir a um saber estratégico, que não somente fique nos efeitos ou nas consequências das atividades e discursos sociais, mas que se aprofunde nas causas deles e nos traga argumentos para atuar e gerar disposições críticas e antagonistas em face da estrutura ou da ordem hegemônica (HERRERA FLORES, 2009, p. 101).

É justamente essa ordem hegemônica e ocidentalizada que precisa ser repensada pois efetivamente o modelo ocidental de Direitos Humanos, plasmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não atinge o desígnio de ser universal. Diante disso, parte-se da necessidade da efetiva universalização dos Direitos Humanos para que estes possam transpor barreiras de cunho geográfico, cultural, histórico e religioso. É necessário adotara-se uma postura crítica quanto a este universalismo, voltada à abertura epistemológica, intercultural e política, elementos estes basilares para que se possa efetivamente repensar a construção os direitos humanos no cenário globalizado e produzi-los de forma efetivamente universal e não hegenomica e eurocentrica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao exposto, considera-se:

Que, a globalização pode ser compreendida como um processo multidimensional, composto por vários processos, cujos atores não são predeterminados, e através do qual as características fundamentais do Constitucionalismo Estadual são rompidas e que diferentes correntes doutrinárias se manifestam apresentando fórmulas que poderiam na prática impor as regras da Globalização para uma democracia e governança mundial.

Que, os direitos humanos são uma construção do mundo ocidental, com pretensão universalista; porém não necessariamente único, universal e exportável para todas as realidades do mundo.

E, partindo-se da convicção de que processo de globalização é compreendido como um processo irreversível em nossa sociedade, afrontou-se a temática dos direitos humanos no cenário multicultural e globalizado, estabelecendo a que a construção de direitos humanos que se pretende disseminar no mundo globalizado, é a concepção ocidentalizada; todavia, assume-se que esta concepção é insuficiente para atingir o desígnio de uma universalização, pois carece de legitimidade e identidade com cenários não ocidentais, como é o caso dos

países islâmicos do oriente médio, cenário este possuidor de seu próprio sistema de direitos humanos, coerente e em sinergia com sua realidade cultural, política, religiosa e econômica.

Assim, somente será possível realizar uma concreta universalização dos direitos humanos, no cenário globalizado, por meio da adoção de uma visão multicultural das sociedades, respeitando suas identidades e buscando a convergência. Somente assim os direitos humanos, serão dotados de capacidade de transpor barreiras de cunho geográfico, cultural, histórico e religioso.

É portanto, necessário adotar-se uma postura crítica quanto a este universalismo, voltada à abertura epistemológica, intercultural e política, elementos estes basilares para que se possa efetivamente repensar a construção dos direitos humanos no cenário globalizado e multicultural, bem como produzi-los de forma efetivamente universal e não hegemônica e eurocêntrica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil. Núcleo de Estudos da Violência da USP. Primeira Edição São Paulo, 2012 p.309 Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down265.pdf> Acesso em 22 de julho de 2014.

BAUMAN. Z. **Globalização: as conseqüências humanas.** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. Título Original: *Globalization: the human consequences*. p. 63-65.

BECK, U.; GIDDENS, A.; SCOTT, L. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Tradução: Magda Lopes; revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2 ed. São Paulo: Unesp. 2012. Título Original: *Reflexive Modernization*, p. 149-150.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADERMATORI, L. H. U.; GRUBBA, L. S. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Convergências entre Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli. **Joçaba**. v. 13, n. 1, p. 157-176, jan./jun. 2012.

Cairo Declaration of human rights. 2013. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional.** v. 14, n. 1, p. 1-25, jan./jun. 2009.

FUKUYAMA, F. **O fim da história e o último homem.** Tradução de Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. Título Original: *The End of History and the Last Man*.

GIDDENS, A. **Para além da Esquerda e da Direita.** Tradução de Alvaro Hattner. 1. Reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista. 1996.

HABERMAS, J. **A Constelação pós-nacional- ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2002.

HERRERA FLORES, J. **Teoria Crítica dos Direitos. Os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

HOBBSBAWN, E. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras. 2007. Título Original: *Globalisation, democracy and terrorism*.

MARTIN MATEO, R. **La Sostenibilidad para el desarrollo. La cumbre de Johannesburgo**. In: MANGAS MARTÍN, Victor-Javier (Coordinador). Educación Ambiental y Sostenibilidad. Alicante: Universidad de Alicante. 2003.

OLIVIERO, M. Aula ministrada na data de 16 de junho de 2014, no Programa de Doutorado da Univali, por força e apoio da capes através da Bolsa de Professor Estrangeiro Visitante. PVE. Itajaí, 2014.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PRADO, L. C. D. **Globalização**: notas sobre um conceito controverso. Disponível em: <www.ie.ufrj.br> Acesso em: 10 mai. 2014.

VALLS, J. X. **Globalizacion y Insostenibilidad**. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. Ecología y economía para un desarrollo sostenible. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SOLIDÁRIOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Cleber Sanfelici Otero⁶¹
Mithiele Tatiana Rodrigues⁶²*

1 INTRODUÇÃO

A aplicação dos direitos fundamentais há tempos vem gerando discussões doutrinárias e jurisprudenciais, mormente no referente à efetividade de normas constitucionais que asseguram direitos sociais de caráter prestacional.

Cabe ao Poder Público organizar e prover as necessidades da sociedade, principalmente no referente a uma estruturação que possa permitir uma vida digna às pessoas, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

O maior desafio do homem e da sociedade é reduzir a exclusão social e possibilitar a fruição dos direitos fundamentais por todos, muito embora o cenário ainda seja de miséria, desigualdade e opressão social, principalmente nos países e regiões mais pobres e às custas da ascensão pelo poder e do capitalismo desenfreado.

Com a velocidade que a vida moderna se perfaz, múltiplos fatores, como a cibernética e a globalização, levam a um enfraquecimento do Estado e elevam a burocratização, dificultando a implementação de políticas públicas necessárias para a proteção dos direitos humanos. O Estado, sozinho, não consegue suprir a demanda, não dando o necessário e efetivo acesso à justiça social, fato que diminui a cidadania.

Para tentar dirimir os fatores negativos trazidos pelos tempos modernos e concentração de recursos nas mãos de quem detém o poder (principalmente o poder econômico), elevando a desigualdade, resta imprescindível trilhar um outro caminho para suprir as falhas e as insuficiências, convidando ou forçando os mais favorecidos a auxiliarem em tal propósito.

De um lado, a sociedade se mobiliza e começa a agir e se engajar na luta pela implantação do mínimo necessário para a comunidade. Com isso, através de associações,

⁶¹ Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP (ITE-Bauru); Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Docente do Curso de Graduação em Direito, de Especialização em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR); Docente do Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Docente do Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão (CEI); Juiz Federal.

⁶² Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR), bolsista pela Instituição. Especialista em Direito Ambiental pelo IDCC. Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP (ITE - Presidente Prudente); Advogada.

organizações, instituições, grupos com movimentos sociais, alicerçados com o espírito da fraternidade e solidariedade, busca-se alcançar o bem estar do próximo.

Por outro, o Estado obriga os particulares a colaborarem para haver uma distribuição justa de riqueza, com a exigência de tributos capaz de gerar uma renda a ser posteriormente repartida por meio da prestação de serviços e benefícios sociais.

Junto a esta premissa, alude-se à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Logo, o que antes era defendido apenas como um direito prestacional do Estado, agora é estendido para toda uma sociedade em busca da igualdade e equidade social, para aproximar ainda mais as classes sociais por meio do espírito solidário do bem-estar geral.

Com este estudo, pretende-se demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, com imperativo solidário de construir uma sociedade mais justa e igualitária.

Outrossim, abordar-se-á o papel axiológico constitucional na construção desse paradigma, conquanto numa análise limitada à eficácia dos direitos sociais (exceto trabalhistas) e dos direitos transindividuais, por se entender que eles são objeto de efetividade também pela coletividade e esta é a razão de se denominarem, especialmente estes, “solidários”.

A solidariedade é capaz de assegurar direitos passíveis de aplicação, uns pelos outros, como os direitos sociais e ambientais, e não somente de exclusividade prestacional estatal.

Com base na aplicação horizontal dos direitos fundamentais, discute-se não apenas se o Estado, mas também se os particulares podem ser compelidos a observá-los, debate que se tem formado em relação aos direitos individuais, mas, mais recentemente, também no referente aos direitos sociais. No plano constitucional, quanto aos direitos fundamentais sociais, há discussão se teriam aplicabilidade mediata ou imediata.

Há quem defenda haver uma aplicação mediata dos direitos sociais, mas há aqueles que pugnam por uma maior efetividade das normas constitucionais, impondo ao Poder Judiciário conferir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais já inseridos no texto constitucional em razão da norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos direitos transindividuais, que atingem indistintamente um grande número de pessoas de modo a serem identificadas todas como titulares de direito, questiona-se igualmente essa efetividade normativa.

Embora não estejam expressos no Título II da Constituição brasileira, o § 1º do art. 5º determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

imediate", o que leva a algumas indagações. Qual seria a amplitude desse referido dispositivo constitucional? Atingiria igualmente os direitos transindividuais previstos no art. 225?

O método utilizado é hipotético-dedutivo, consistente em investigação filosófica, sociológica e jurídica através de bibliografia qualificada, como guia, por meio de um conjunto de ideias, para a investigação dos direitos fundamentais e de sua aplicação quanto aos direitos sociais e transindividuais nas relações entre particulares.

2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais percorreram um caminho longo até sua efetiva positivação nas diversas Constituições nacionais, hoje já se cogitando em tutelá-los em uma Constituição universal, muito embora já previsto em diversos tratados e convenções internacionais.

Ao estudar a história, percebe-se que a sua complexidade, desde os primórdios da humanidade, vão além do Direito, porquanto sua conotação também tem valor religioso, espiritual, filosófico e político (DIAS, 2005, p. 81).

Antes do constitucionalismo, os direitos vistos como essenciais ao ser humano eram reconhecidos como direitos naturais, inicialmente com fundo religioso e divino por ser o homem concebido à imagem de Deus, depois por razões filosóficas em função de termos dignidade e por razões éticas.

Embora a religião tenha exercido fortes influências na origem dos direitos humanos, a opinião majoritária ainda se embasa no fato de eles serem fruto do desenvolvimento dos direitos naturais dos séculos XVII e XVIII.

Pensadores como John Locke (1632-1704) Samuel Von Pufendorf (1632-1694), Charles-Louis de Secondat (Montesquieu, 1689-1775) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), cada qual com as suas perspectivas do ser humano como um sujeito, com direitos e deveres e igualdade entre todos, trouxeram ideias fundadas em concepções filosóficas (DIAS, 2005, p. 83-85), as quais foram transferidas para o Direito.

As Declarações de Direitos, primeiramente o Bill of Rights inglês de 1688, depois a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, positivaram os direitos necessários para proteger as pessoas em face do poder do Estado e dos governantes, com uma evidente função de defesa, daí serem denominados de direitos fundamentais individuais (ou de primeira dimensão).

Quanto ao paradigma social, foi preciso avançar a luta pelos valores humanitários, os quais estavam latentes no Iluminismo.

Karl Marx, em críticas ao liberalismo econômico que nutria o capitalismo selvagem, defendeu a luta entre as classes e criticava a dominação econômica exercida pela burguesia contra o proletariado. Assim, como restava evidente que o liberalismo seria incapaz de trazer equilíbrio social, havia a necessidade de mudanças nos aspectos econômico, político, jurídico e social.

Sob argumentos marxistas, explodiu a Revolução Russa de 1917 e o controle dos meios de produção exercido de forma coletiva pela população fez surtir o medo de revoluções nesse sentido, fato que levou à diminuição da resistência na transição do Estado liberal para o Estado social.

No início do século XX, pelo fato de os direitos individuais não terem impedido a desigualdade econômica entre a burguesia e a classe trabalhadora, esta passou a fazer reivindicações, que acabaram por pressionar o Estado a realizar intervenções no plano econômico, nas relações de trabalho, bem como de forma a serem estabelecidos direitos fundamentais sociais (ou de segunda dimensão), muitos dos quais prestados pelo próprio Estado.

Assim, o Estado do Bem-estar Social surgiu na primeira metade do século XX e, juntamente com ele, pouco a pouco, também um emaranhado de direitos que passaram a demandar prestações do Estado (direitos prestacionais) para garantir condições mínimas de vida para a população (previdência, educação, etc), positivados constitucionalmente primeiro na Constituição Mexicana de 1917 e, em seguida, na Constituição de Weimar de 1919 (SARMENTO, 2004, p. 33).

A superação do modelo liberal de Estado restou evidente sobretudo a partir da queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque (1929) e, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial. Com o aumento lastimável de desemprego que se seguiu, o Estado, então, teve que intervir para transformar o Estado Liberal em Estado Social, preocupando-se não mais somente com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão.

No Direito europeu, aos poucos, as ideias socialistas ganharam força.

Diante da caminhada construtiva até os tempos atuais, ressalvadas as lamentáveis exceções quanto aos ordenamentos nos quais ainda impera o totalitarismo, consideram-se os

direitos fundamentais, juntamente com a dignidade da pessoa humana (KANT, 2013, p. 14-33), o centro gravitacional de qualquer ordenamento jurídico social e democrático⁶³.

O desenvolver das sociedades ocorrido principalmente após as grandes guerras mundiais e as atrocidades ocorridas que reduziram o homem a um vazio valorativo fez surgir um mundo novo e, por conseguinte, um novel modelo de constitucionalismo em que a intervenção estatal operou-se beneficentemente na consecução do princípio-valor (ALEXY, 2011, p. 90)⁶⁴ da pessoa humana e do caráter vinculante dos direitos fundamentais.

Reconhecer o valor da pessoa humana passou o principal dever da Teoria do Direito.

Nesta seara, emerge a importância do fenômeno da "repersonalização" do Direito, advindo na doutrina jurídica após as atrocidades cometidas sobre a pessoa humana principalmente na 2ª Guerra Mundial, porquanto se buscou restaurar o valor intrínseco do ser humano, que inclusive permitia o reconhecimento de direitos naturais antes do advento do constitucionalismo.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe o dever de tratar a pessoa humana como fim em si mesma, nunca como instrumento para outro fim, de tal maneira que o Direito não possa ser concebido alheio à vida e ao respeito que todas as pessoas devem receber por terem a condição humana.

O Direito tem sua existência vinculada ao tempo e ambos se relacionam com a sociedade, mesmo porque não existe tempo fora da história e não existe história nem Direito fora da sociedade. Como assim o é, o valor do homem e sua personalidade somente são concebidos tendo como destinatário o homem em convivência social, ou seja, o ator do cenário jurídico é a pessoa, muito embora a valoração da pessoa seja fruto de um processo histórico lento e de construção teórica relativamente recente, que culminou com a inserção valorativa da dignidade da pessoa humana em norma princípio.

Na análise do homem, feita por Hannah Arendt, percebe-se que o empenho de cada um em fazer alguma coisa está sempre fundado em um mundo feito pelos homens, de coisas, um mundo que não abandona ou transcende (ARENDR, 2010, p. 26-27). Os homens vivem juntos, reunidos, e toda atividade do homem tem por objetivo ele mesmo. Só ao homem é dado o poder de ação e esta relação de ação e estar junto traduz a ideia de Aristóteles como

⁶³ Immanuel Kant é quem fundamenta e conceitua a dignidade da pessoa humana, *a priori*. Partindo da concepção de racionalidade, Kant assevera que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado em seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ Robert Alexy traz distinção entre valores e princípios, expondo que a diferenciação está no caráter deontológico (dever-ser) dos princípios e axiológico (domínio do bom) dos valores, embora traga a noção de estrutura única para ambos.

animal socialis, ideia também referendada por Sêneca e Tomás de Aquino (ARENDR, 2010, p. 26-27)⁶⁵.

Como decorrência, e isto é necessário enfatizar, não se pode invocar o Direito apenas para o homem individual, mas também para o homem inserido na sociedade.

A conotação de um Estado social na Constituição da República de 1988 está em conformidade com uma ideia elaborada por León Duguit há quase um século, ora detalhada por Canotilho:

Afirma-se, com efeito, que o homem natural, isto é, o homem tomado como ser isolado, separado de outros homens, está investido de certas prerrogativas, de certos direitos, que lhe pertencem porque ele é homem, por causa da eminente dignidade da pessoa humana, seguindo a expressão de Henri Michel. Ora, isto é uma afirmação puramente gratuita. O homem natural, isolado, nascendo livre e independente dos outros homens e tendo direitos constituídos por esta liberdade, é uma abstração sem realidade. De facto, o homem nasce membro de uma colectividade; ele sempre viveu em sociedade e não pode viver a não ser em sociedade e o ponto de partida de toda a doutrina sobre o fundamento do direito deve ser sem dúvida o homem natural, mas o homem natural não é o ser isolado e livre dos filósofos do séc XVIII; é o indivíduo considerado nos laços de solidariedade social (DUGUIT *apud* CANOTILHO, 2008, p. 23).

Evidencia-se, assim, que, antes mesmo de se falar em Estado, os homens sempre estiveram uns com os outros, em sociedade, ajudando-se, solidarizando-se.

Ainda que este seja um tema novo na discussão brasileira em razão da atual Constituição cidadã, este foi sempre o viés real da convivência em sociedade. A ajuda mútua, a caridade e a solidariedade são valores trazidos pelo homem desde sempre.

É imperioso ressaltar que, com o fim da 2ª Guerra Mundial, como os governos totalitaristas de vários países perderam força, houve um direcionamento para a democracia e, via de consequência, para o capitalismo. O êxito do sistema de mercado restou evidenciado com a queda do Muro de Berlim em 1993 e com o fim do comunismo na ex-União Soviética. Após isso, o capitalismo passou a reinar como modelo econômico.

Por outro lado, mais recentemente, principalmente com o avanço da cibernética e das relações comerciais em nível mundial, entrou em cena uma globalização que engendra o poderio do mais forte sobre o mais fraco, pois os direitos sociais ficaram, doravante, à mercê do poderio econômico e político internacional.

Nesse novo modelo estrutural, as pessoas passam a valorizar demasiadamente os bens materiais, e a produção e a procura por novas tecnologias faz com que os recursos

⁶⁵ Tornou-se uma tradição consagrada: *homo est naturaliter politicus, is est, socialis*, o homem é, por natureza, político, isto é, social.

naturais sejam degradados em escala nunca antes vista, com rápidas mudanças na economia, no cenário ecológico, nas pessoas e na transformação da sociedade.

A nova sociedade quer abrir as suas portas para as novidades experimentadas em outras sociedades, de maneira a existir uma disputa desenfreada pela produção, pela mecanização e pelo consumo, em especial pela descoberta e o emprego de tecnologias de ponta.

À vista disso, foi proposta a estabilização da economia dos países emergentes com a abertura dos mercados internos, o que elevou a transnacionalização da concorrência comercial, resultou na perda competitiva dos pequenos e, ainda, com a automação, elevou a taxa de desemprego. Tais fatos tornaram as sociedades mais desiguais e os Estados não conseguem suprir as suas necessidades.

A exemplo dessa realidade, conforme relatórios das Nações Unidas, em 1962, antes do advento do neoliberalismo e da aceleração do processo de globalização, os 20% mais ricos da população mundial tinham recursos 30 vezes superiores aos 20% mais pobres. Em 1994, esse diferencial saltou para 60 vezes, e em 1997 para 74, ou seja, vezes 100. Esses dados comprovam a tese de que a intervenção estatal é necessária para a garantia da justiça social, pois o mercado tende a aprofundar as desigualdades econômicas, já que a globalização alimenta o processo de enfraquecimento do Estado Providência (SARMENTO, 2004, p. 34).

Com o mundo clamando por mudanças sociais, surgiu uma nova perspectiva do Estado, de promocional a prestacional. Assim, novamente, no plano da segunda dimensão dos direitos fundamentais (direitos sociais), tem-se que ao Estado se impõe o dever prestacional através de políticas públicas interventivas para assegurar as condições materiais mínimas do cidadão.

Essa nova forma de gestão do Estado tem reflexo normativo-interpretativo relevante para a leitura das Constituições. Com a atividade econômica de forte característica neoliberal, principalmente em decorrência do "livre" comércio internacional, quase sem restrições, revelou-se a necessidade de uma atuação estatal maior para a proteção dos valores essenciais das pessoas.

Nota-se a importância de um cuidado maior com a ordem econômica, em especial para a proteção das relações privadas e da sociedade. Com isso, tem-se nova delimitação do dever prestacional, não somente do Estado, mas também da sociedade, principalmente pelas grandes corporações.

O Estado social dilui o poder na sociedade, por meio das instituições que intermedeiam não só o Estado e os indivíduos, mas também assegurem proteção nas relações

entre particulares, com particular destaque no que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Diante da necessidade de efetivação dos direitos sociais numa sociedade com tendência a ser mais desigual em face da concentração de riqueza nas mãos de poderosos atores que gerenciam as grandes corporações, a segunda dimensão dos direitos fundamentais foi e continua a ser relevante para a restauração do espírito de maior solidariedade, em especial para a aplicação, agora, no plano das relações entre particulares.

Com isso, os poderes econômicos privados podem passar a ter não apenas o dever moral de garantir certas prestações sociais para as pessoas menos favorecidas com que se relacionarem, mas também, em certas situações, até mesmo a obrigação jurídica de prestar esses direitos.

3 DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O indivíduo é titular dos direitos fundamentais, direitos estes que deveriam ser promovidos e providos pelo Estado. Devido, todavia, a uma série de fatores, a exemplo do elevado crescimento populacional, o Estado, sozinho, não consegue suprir a demanda das desigualdades no plano social, cultural, ambiental, dentre tantos outros.

A priori, quando se pensa em efetivar direitos, parece injusto transferir essa obrigação unicamente a quem é o titular do direito, ou seja, ao indivíduo inserido na sociedade que cumpre suas obrigações para com o Estado.

Por tal razão, podem ser feitos alguns questionamentos. Como o indivíduo passa a ser, ao mesmo tempo, sujeito passivo e sujeito ativo na efetividade desses direitos? Como o indivíduo, que deveria receber a prestação do Estado para viver harmonicamente em sociedade, deverá contribuir na efetividade de algumas políticas públicas para caminhar para uma sociedade que seja, de fato, mais igualitária?

Sob a premissa dessa análise, torna-se oportuno o pensamento de Daniel Sarmiento, ao enfatizar ser necessário compatibilizar, de um lado, a tutela efetiva dos direitos fundamentais e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana (SARMENTO, 2004, p. 278).

Com efeito. Não se pode simplesmente transferir ao particular uma prestação social onerosa, tanto em termos financeiros como pela redução de sua autonomia de vontade, passando aos poucos a ter mais uma prestação social, sem, contudo, haver a redução, por exemplo, das despesas fiscais desse agente solidário.

Tendo em vista a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, muito se discute acerca de sua real aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A controvérsia, aliás, vai além disso, porquanto é de longa data que esse tema vem norteando embates doutrinários, muitas vezes divergentes também no direito alienígena.

Inicialmente, a divergência pairou nos países do sistema romano-germânico, com a aplicação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha, a partir da qual os doutrinadores alemães passaram a discutir a eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais em relação a terceiros, e, desde então, esta celeuma gerou debates em diversos outros países, entre os quais Espanha e Portugal.

O entendimento hoje prevalente da eficácia indireta dessas normas de direito fundamental na Alemanha fora idealizado por Günter Dürig, sob a compreensão de que a interpretação e a aplicação delas ao direito privado apenas poderia ser admitida em casos excepcionais, do contrário passariam a influenciar a interpretação literal das leis positivadas em matéria de natureza e cláusula geral de direito privado (GOZZO, 2012, p. 45).

Sob esta mesma premissa, para Canotilho (2008, 53-13), os direitos, liberdades e garantias teriam eficácia indireta nas relações entre particulares, porque a Constituição só vincularia o legislador, que deveria trazer positivamente as normas necessárias para respectiva proteção fundamental no âmbito privado.

Como se sabe, em sua evolução, os direitos fundamentais obtiveram reconhecimento em um plano mais individualista (direitos individuais), posteriormente passaram a ter aceitação em uma dimensão coletiva (direitos políticos), para, então, mais recentemente, alcançarem uma dimensão social e comunitária (direitos sociais, econômicos e culturais). As garantias constitucionais destes direitos tiveram que acompanhar o processo de incorporação constitucional, bem como o de criação de instrumentos adequados de tutela jurisdicional.

A não aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais, através da afirmação de seu caráter "meramente" programático, permitiu igualmente a sua descaracterização enquanto direito subjetivo, ou seja, impossibilitado de ser exigido por meio de uma atuação do Poder Judiciário.

Explica Canotilho a análise jurídico-prestacional com a densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa, que tem dupla dimensão:

- (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos

poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

A proposição trazida por Canotilho estaria fundada no desenvolver do seguinte raciocínio: se o cidadão tem o direito indisponível da vida, tem direito de não ser morto pelo Estado; logo, tem também direito à proteção da vida, por meio de uma atuação do Estado contra ataques ou medidas de terceiros, implicando a adoção de atos normativos (leis penais) ou atos fáticos (detenções, prisões), e, por fim, com o direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínima.

Para melhor compreender a distinção entre liberdades públicas e direitos sociais, tem-se que liberdades públicas são os direitos do ser humano de uma natureza bem definida, para assegurar as pessoas de eventuais violações por parte do Estado.

Originalmente, existia só esta categoria de direitos, mas, mais tarde, reconheceu-se que a natureza humana exigia mais, era salutar um mínimo de segurança material a implicar, notadamente, a proteção da saúde, a possibilidade de encontrar trabalho remunerado, bem como mínimo de desenvolvimento intelectual com o acesso ao ensino, à cultura e à informação.

Esses direitos, tão essenciais quanto os que já haviam sido reconhecidos, diferenciam-se profundamente do ponto de vista jurídico, pois conferem a seu titular não mais um poder de livre escolha e de livre ação, mas apenas um crédito contra a sociedade, que seria obrigada a fornecer, para sua satisfação, uma prestação positiva capaz de implicar a criação de serviços públicos como previdência social, ensino, cultura, dentre outros.

Para os defensores da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, o legislador seria o principal destinatário das normas e a aplicação imediata às relações interpessoais violaria o princípio da autonomia da vontade por restringir direitos subjetivos.

Por outro lado, a teoria da eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares também tem origem alemã e foi idealizada por Hans Carl Nipperdey, que defendeu a aplicação imediata desses direitos independentemente da intervenção do legislador, por serem os direitos fundamentais a expressão máxima dos valores adotados por um Estado de Direito, devendo ser opostos a todos os cidadãos. Com isso, eleva-se a Constituição a um real *status* de supremacia (GOZZO, 2012, p. 46-47).

Os direitos fundamentais, para Robert Alexy, são direitos de tamanha importância que a tarefa de garanti-los não pode ser deixada ao crivo parlamentar, no que se denomina de posição jurídico-prestacional (ALEXY, 2008, p. 405-410).

Seguindo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet no tocante à eficácia direta das normas fundamentais, observa-se que, no ordenamento pátrio, a opção do legislador constituinte foi mesmo, ao que tudo indica, pela eficácia direta dos direitos fundamentais no plano horizontal em face da disposição expressa no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁶⁶, encontrando-se respaldo para tanto junto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição brasileira, ante o disposto nos arts. 3º, I, 6º e 7º, por sua vez, está, aparentemente, bem mais voltada à sociabilidade que a Constituição germânica, pois não só estabelece a existência de um Estado (Social) Democrático de Direito, mas, vai mais além, ao enumerar uma série de direitos sociais, alguns dos quais plena e regularmente dispostos.

No Brasil, o entendimento, então, seria o de que esses direitos teriam eficácia direta e imediata, não dependendo necessariamente da atuação do legislador ordinário nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.

Em sede doutrinária, Walter Claudius Rothemburg esclarece que a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas é admitida, mas não pode ser realizada de forma a acarretar ingerência estatal extrema nos atos jurídicos dos particulares:

Evidentemente, o efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público. O princípio básico da liberdade não tolera ingerências muito estritas no domínio privado. [...].

Todavia, já se admite que, onde haja disparidade de poder social, à semelhança da diferença de poder entre o Estado e os particulares, devem ser considerados os direitos fundamentais. Por exemplo, é sustentável a tese do cabimento de habeas corpus contra constrangimento de particular (Superior Tribunal de Justiça - Recurso em Habeas Corpus Nº 4.120-0/RJ, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, julgamento em 29.04.1996, publicado no DJU de 17.06.1996, in RT 733:521), como quando diretor ou médico de hospital privado nega-se a conceder alta a paciente como forma de coagir ao pagamento das despesas. Nas grandes indústrias, os critérios de admissão e demissão de empregados já não podem ser discriminatórios ou arbitrários.

Cada vez mais, os direitos fundamentais cobram cumprimento nas relações jurídicas privadas. A dignidade humana já não tolera violências perpetradas na intimidade do lar, entre os companheiros ou destes para com os filhos, por exemplo. Essa é uma dimensão da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que vem contaminando inclusive a esfera do particular. Contudo, é preciso evitar com bastante cuidado uma excessiva ingerência nesse campo, que conduziria à opressão do totalitarismo (ROTHEMBURG, 1999).

⁶⁶ "Art. 5º. [...]. § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.). Cf. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 49. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 12. (Coleção Saraiva de Legislação).

Por haver a autonomia privada, ela deve ser respeitada se as partes envolvidas desfrutarem de condições materiais de liberdade, o que não ocorrerá, pelo contrário, em muitos casos de relações particulares, nos quais se evidencia uma efetiva desigualdade social.

A letra da lei induz a uma sociedade social, principalmente porque a sociedade brasileira é repleta de desigualdades sociais, opressão e violência, motivo pelo qual a doutrina entende que somente com a atuação do Poder Judiciário na análise de cada caso é que o magistrado com consciência social poderá fazer justiça.

Para tanto, Luís Roberto Barroso sustenta a necessidade de haver uma ponderação entre o direito fundamental em questão e o princípio da autonomia privada, o que deve ser feito com as seguintes considerações: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a injustiça ou razoabilidade do critério; c) a preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e d) o risco para a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2005, p. 28).

Na jurisprudência brasileira, tem-se admitido a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive em precedentes no Supremo Tribunal Federal, como no caso de isonomia e extensão para empregados brasileiros de multinacional quanto aos direitos trabalhistas contratados com os demais empregados estrangeiros⁶⁷ ou, então, quanto ao impedimento da exclusão de sócio de sociedade de sociedade civil sem a garantia do contraditório e da ampla defesa.⁶⁸

⁶⁷ “CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do PESSOAL da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade [...]. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. R.E. conhecido e provido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília/DF, 29 de outubro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [D.J.], Brasília, DF, 19 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁶⁸ “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, [...]. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com

Por vezes, a aplicação pode ocorrer de forma indireta. O Superior Tribunal de Justiça, para assegurar o direito à vida, afastou cláusula de contrato de seguro que estabelecia carência, conquanto houvesse a existência de norma excepcional específica para casos de procedimento de urgência e emergência no art. 12, inciso V, da Lei 9.656/98.⁶⁹

Apesar disso, a maneira que se nota na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil normalmente destoa da forma indireta verificada na jurisprudência alemã e é completamente divorciada da compreensão norte-americana, que exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas.

A seguir o sistema jurídico brasileiro de positivação das normas e princípios, o correto seria mesmo a concretização dos direitos fundamentais pelo próprio legislador, uma

desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. [...]. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 11 de outubro de 2005. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [D.J.], 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁶⁹ SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIACÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESAO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". [...]. 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. [...]. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar". [...]. 7. Recurso especial provido [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 962.980/SP. Recorrente: Diego de Carvalho Ferreira. Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 13 de março de 2012. *DJe*, 15 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701448355&dt_publicacao=15/05/2012>. Acesso em: 30 nov. 2014.

vez que, inclusive, as normas do direito privado gozam de presunção de constitucionalidade. De outra forma, se inexistir norma criada pelo legislador, a aplicação deve ser direta e imediata, levando-se em conta as necessárias considerações e ponderação entre os bens jurídicos envolvidos.

Sendo assim, aos juízes caberia a aplicação de tais normas na solução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e afastar-se delas apenas e tão-somente se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade.

Tem-se visto no Brasil, todavia, uma insuficiente atividade do Poder Legislativo nesse quesito, pesando ao Poder Judiciário resolver o que a legislação brasileira categoricamente não disciplina para a concretização dos direitos fundamentais.

Tal circunstância leva muitos doutrinadores a defender e outros a criticar o ativismo judicial, que tem, todavia, sido uma realidade necessária para se conseguir a garantia de aplicação desses direitos também na vida privada.

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOLIDÁRIOS

A existência humana não é outra coisa senão um mundo de homens que necessitam, para a própria sobrevivência, conviver num ambiente adequado. Foi assim desde sempre e continuará assim até os dias finais, e o mal-estar de um grupo inserido numa sociedade afetará os demais grupos e, via de consequência, afetará a sociedade, pois vivemos num sistema interligado, numa rede da vida e devemos todos juntos lutar para o bem-estar do próximo para garantia de nosso próprio bem-estar.

Assim, para atingirmos um Estado de Bem-estar Social, é preciso, antes de mais nada, pensar no âmbito coletivo para a garantia de cada pessoa.

Como bem adverte Cláudio Sacchetto, há sentido em se falar em solidariedade, pois os cidadãos precisam - para que não se perca o conceito de responsabilidade pública e para que haja a estabilidade nos vínculos sociais - ter "consciência de que uma parte de suas vidas deve ser gerida em conjunto com os outros: este é o significado real da solidariedade, como ensina a etimologia do termo (do latim "in solido") (SACHETTO, 2005, p. 11-15).

Ainda, segundo Sacchetto, com base na apresentação de Pezzini, o conceito de solidariedade presente na Constituição italiana de 1948 não pode ser confundido com *fraternité* da Constituição francesa de 1789, porquanto o dever de solidariedade política, econômica e social representa, em contraposição ao mero reconhecimento dos direitos individuais, mas com a afirmação do conjunto dos direitos sociais, o aspecto mais

significativo da superação da tradição das Constituições do Século XIX" (PEZZINI *apud* SACHETTO, p. 12).

Não se pode compreender de forma diversa no ordenamento brasileiro, pois os direitos e os deveres decorrentes da solidariedade também devem ser observados em conformidade com uma conotação que esteja relacionada tanto com os direitos individuais como também com os direitos sociais.

A propósito, a Constituição brasileira de 1988 dispõe, no art. 3º, ser objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com reflexos que se vão observar na tributação, na ordem econômica e na ordem social. Prova disso é o fato de a nossa Constituição estabelecer, nos arts. 184 e 186, a possibilidade de desapropriação do imóvel rural que não cumpra a sua função social, em especial se a propriedade não for aproveitada de forma racional e adequada, se não houver a utilização adequada dos recursos naturais e com a preservação do meio ambiente, se não houver a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e se a exploração não favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Os direitos fundamentais complementam-se por se apoiarem uns nos outros e estabelecem uma relação mútua entre eles, de maneira que o exercício de alguns desses direitos passa a depender da efetivação de outros direitos fundamentais (BALLAGER CALLEJÓN *apud* FACHIN, 2013, p. 215). Conquanto haja a complementaridade entre os direitos fundamentais, todavia, também se deve observar que um direito fundamental não pode limitar outro direito fundamental de modo a anulá-lo.

Consoante Walter Claudius Rothemburg (1999), os direitos fundamentais são marcados pelas características da sistematicidade, inter-relação e interdependência, pois eles se influenciam, vinculam-se uns aos outros, de maneira que uns complementam os outros, embora também devam ser sopesados por ocasião da concorrência ou colisão entre eles.

Com efeito. Os direitos fundamentais sociais primam pela satisfação do bem-estar das pessoas inseridas numa sociedade, ao passo que, por meio dos direitos de solidariedade transindividuais, procura-se assegurar o equilíbrio do habitat para que esta sociedade viva em pleno gozo no seu meio com uma vida digna através de um meio ambiente harmonioso e ecologicamente equilibrado.

É justamente em razão do inter-relacionamento e da interdependência que os direitos fundamentais sociais devem ser observados, de forma que não haja nem uma aplicação insignificante nem o excesso ao se assegurar o bem-estar das pessoas para destruir, por exemplo, o meio ambiente, direito de solidariedade por excelência.

A Constituição brasileira está calcada em várias vigas rígidas e direitos que foram conquistados com muito sofrimento e derramamento de sangue ao longo da história da humanidade, entre os quais está o direito da igualdade.

Como falar, todavia, em igualdade numa sociedade onde a desigualdade é tamanha, à medida que, cada vez mais, tem-se uma sociedade fragmentada em minorias e grupos vulneráveis, os quais, por vezes, estão na faixa abaixo da linha da pobreza extrema?

O crescimento demasiado da população impediu o planejamento de políticas públicas adequadas para atender a todos, muitas vezes sequer para dar o mínimo suficiente para a vida digna das pessoas, as quais ficam à própria sorte e risco, enquanto, por outro lado, a efetividade dos direitos privilegia os já incluídos socialmente.

De fato. Apesar de sempre termos sido uma sociedade estratificada em que as diferenças de classes estiveram muito presentes desde os tempos coloniais, a evolução da sociedade, o crescimento populacional, a globalização e o ideário de consumo intensificaram a desigualdade entre os grupos sociais.

Na busca de conhecermos melhor o que se entende por igualdade e seu inverso (a desigualdade), tomamos de empréstimo o pensamento de John Rawls, especialmente ao nos ensinar que o maior conjunto possível de liberdades básicas garante a isonomia, uma vez que a igualdade fática seria utópica, ao passo que a desigualdade pode até ser tolerada se beneficiar os menos favorecidos, de forma equitativa (RAWLS, 1997, p. 13-14).

O cenário brasileiro é de grande exclusão social e pobreza, pois um grande número de pessoas da população está em situação de vulnerabilidade social com desemprego, desnutrição, condições precárias de saúde, situação inadequada de moradia, violência, analfabetismo e baixos indicadores educacionais.

Para combater esse quadro, é imprescindível haver programas de políticas públicas verticais e horizontais de ocupação, renda e desenvolvimento solidário para os menos favorecidos.

O que vemos, hoje, é a situação de desigualdade favorecer injustamente as pessoas já adequadamente inseridas na sociedade, a começar com o fato de elas terem o acesso à justiça facilitado por poderem constituir melhores advogados como procuradores, além de contratarem os melhores profissionais em outras áreas.

Torna-se forçoso, então, rever alguns paradigmas de cunho moral, religioso, filosófico e solidário, pois refletem ideais e sentimentos que, devido à sinergia, influenciam diretamente o contexto político e jurídico da sociedade.

A relação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com o princípio da solidariedade (CANOTILHO, 2011, p. 28), é tangente aos direitos sociais e econômicos como saúde, educação, moradia, ou seja, direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

A efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar restrita à aplicação no campo político (SARMENTO, 2004, p. 331), devendo ingressar também na seara privada, embora, para tanto, dependam da aplicação no campo horizontal de soluções a cada caso, considerado o fato de que os direitos sociais ensejam a ideia de igualdade substantiva e de justiça social, ao passo que o reconhecimento dos direitos difusos tutelam a solidariedade ao protegerem direitos transindividuais essenciais à qualidade de vida.

A Constituição Federal de 1988, por vezes, estabelece os direitos sociais, mas com o particular como corresponsável para efetivá-los.

Há uma ideia difundida de que os direitos sociais seriam direitos prestacionais, enquanto os direitos individuais (ditos de primeira geração) seriam direitos de defesa. Em realidade, normalmente são mesmo os direitos sociais, em sua maioria, que exigem uma prestação de serviços estatais, muito embora os direitos individuais também exijam gastos públicos para efetivá-los ou garanti-los, inclusive com a criação de estruturas para assegurá-los. O mesmo ocorrerá com os direitos decorrentes da solidariedade.

Em função de poder ocorrer a colisão de tais direitos, a prevalência de cada direito em confronto dependerá do caso concreto, pois, para tanto, deve ser feita uma ponderação⁷⁰ (ÁVILA, 2013, p. 164) com a autonomia privada do particular, caso se pretenda restringi-la (SARMENTO, 2004, p. 335).

Sobre a colisão desses direitos, Sarmento cita julgado da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70003299401, referente à dívida hipotecária que recaia sobre imóvel de residência do devedor, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. No litígio, quanto às prestações vencidas *versus* proteção da moradia, que é um direito fundamental indispensável à dignidade da vida humana, o direito à habitação se sobrepôs, no caso, sobre os direitos patrimoniais (SARMENTO, 2004, p. 356-357).

A função prestacional atribui à pessoa o direito de obter um benefício, uma prestação do Estado, impondo-se a este o dever de agir para satisfazê-lo diretamente ou, mesmo, criar as condições de satisfação de tais direitos.

⁷⁰ A respeito do que venha a ser esta ponderação, Humberto Ávila se referencia a pontos de vista materiais que orientam um sopesamento, sendo eles bens, valores, princípios, de fins e de interesses.

Via de regra, a função de prestar está relacionada aos direitos fundamentais à saúde, à educação, à moradia, ao transporte coletivo, etc, mas, como o Estado tem dificuldade em efetivar esses direitos aos governados, eles ficam à mercê dos benefícios econômicos, sociais e culturais produzidos pela economia capitalista, e, conseqüentemente, a população mais carente de recursos políticos e sociais não frui nem mesmo o mínimo existencial.

Trata-se do mínimo para o indivíduo ter vida digna.

Entende-se, pois, por mínimo existencial, o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia, transporte e a educação fundamental. A violação desses direitos fundamentais mínimos viola a dignidade da pessoa humana, de maneira que o Poder Público deve concretizar esses direitos a todos, mas, em especial, para os mais necessitados.

Os direitos fundamentais a serem atendidos e prestados pelo Poder Público devem ser ampliados, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital, pois, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar o direito social, bastando reconhecer o direito à vida.

A partir do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, extraem-se direitos sociais mínimos e necessários, como o de trabalhar, salário mínimo, alimentação, vestimenta, educação, repouso e lazer, férias, água e luz, ou seja, com a abrangência do conjunto de prestações materiais absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna.

O Estado não consegue, todavia, atender a uma multiplicidade de reclamos da sociedade, daí invocar a "reserva do possível"⁷¹ para limitar a efetivação dos direitos fundamentais que demandam prestações estatais, como os direitos sociais.

Todos devem ser tratados com igualdade, principalmente porque a Constituição Federal também prevê um Estado de Bem-Estar Social. Logo, os direitos sociais igualmente não podem surgir apenas na folha de papel, porquanto têm aplicação prática e de maneira a obrigar o Estado a agir e a garantir a dignidade do seu povo:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais (CANOTILHO, 2002, p. 409).

⁷¹ Nasceu na Alemanha, com o julgamento do caso "Numerus Clausus I", julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pois em 1960, ante o grande número de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras, foram impostos certos limites à quantidade de estudantes que ingressariam em determinados cursos universitários. Mas, como o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã prevê que todo cidadão alemão tem o direito à livre escolha da profissão, os estudantes utilizaram esta argumentação. E, no julgamento, firmou-se o posicionamento de que o indivíduo somente poderá requerer do Estado prestação que seja no limite do razoável.

O Estado deve cumprir as quatro funções dos direitos fundamentais, quais sejam, de defesa ou liberdade, prestação social, proteção perante terceiros e de não discriminação, aspecto este assim explicado por Zulmar Fachin:

A função de não discriminação diz respeito a todos os direitos fundamentais. Refere-se, por exemplo, aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nenhuma pessoa poderá ser privada de um direito fundamental em razão de discriminação. Está-se, portanto, diante do princípio da igualdade (FACHIN, 2013, p. 241).

Por outro lado, o Estado, atendendo à função desempenhada pelos direitos fundamentais, deve atuar para proteger os direitos das pessoas também em relação a terceiros.

Cumpra ao Estado atender as necessidades do seu povo, mas, como não consegue fazê-lo integralmente, deve abrir caminhos para que a sociedade possa, ao menos naquilo que lhe seja razoável, dedicar atenção à efetivação desses direitos perante a sociedade, um vínculo que se estabelece entre indivíduos, em virtude do qual estes se relacionam uns com os outros.

Verifica-se, então, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas com uma aplicação em conformidade com o valor da solidariedade por meio da coparticipação da sociedade na vida social.

A questão social, denominada por Sarmiento de crise do *Welfare State*⁷², impede o Estado de atender financeiramente todas as demandas, daí resultar a necessidade de uma coparticipação da sociedade para a eliminação da miséria, a fim de chegar a um mínimo existencial de forma jurisdicionalmente tutelada.

A Constituição, no art. 3º, traz objetivos, que não representam só mera diretriz política, mas princípios político-jurídicos dotados de certo grau de aplicabilidade para se buscar um vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

Muito embora a solidariedade (SARMENTO, 2004, p. 336-337) tenha origem na teologia cristã, no Estado moderno ela se laiciza em face de ideias trazidas pelo Renascimento e pela ciência no geral. Hoje, porém, com o Estado Social, ou de Bem-Estar Social, a solidariedade passa a ser uma norma fundamental dos direitos humanos e fundamenta os direitos transindividuais de terceira dimensão, como o meio ambiente, e também os direitos políticos na justiça distributiva.

⁷² Estado de bem-estar social, Estado-providência ou Estado social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com o país em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. Wikipedia *apud* SCHUMPETER, Joseph E. On the Concept of Social Value. In: *Quarterly Journal of Economics*, volume 23, 1908-9, p. 213-232.

A solidariedade pode justificar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos sociais, principalmente ao se pensar que cada um de nós é responsável pelo bem-estar da coletividade. Por tal razão, também os direitos transindividuais.

Por outro lado, as sociedades capitalistas, que buscam o individualismo, trouxeram o mal-estar e despertaram o egoísmo e o individualismo que levaram ao sentimento de “sozinho na multidão”, vazio esse que é justamente a ausência de um sentimento íntimo, social e, principalmente, de solidariedade.

Assim, conforme o pensamento de Erick From (1979, p. 27), propõe-se o resgate da solidariedade, como um ideal comum para todas as pessoas, no sentido de cooperação.

O reconhecimento, na jurisprudência brasileira, da eficácia horizontal direta dos direitos sociais prestacionais entre particulares pode ser considerado, em certa medida, um grande avanço (BARROSO, 2013, p. 20-21). O mesmo também poderia ser justificado quanto aos direitos de solidariedade.

Direitos como saúde, dentre outros, não são uma mera alternativa para as pessoas e sim deveres do Estado, deveres que devem ser cumpridos, ainda que com a criação de estruturas capazes de efetivá-los.

No Brasil, eles são, muitas vezes, descumpridos, realidade essa que ilustra direitos reivindicados juridicamente, o que leva o Poder Judiciário a pegar rédeas para fazer cumprir da melhor forma um direito fundamental, sem ser, por óbvio, arbitrário.

O indivíduo, que se encontra em situação de exclusão social, não pode ficar à mercê dos cofres públicos para ver se esvair um direito que a Constituição lhe conferiu, pois se o Estado efetivamente não o aplica, deve ao menos possibilitar meios para que, então, a sociedade assim o faça em busca do bem-estar de todos. Assim também deve ocorrer em relação às pessoas vitimadas por danos ambientais, inclusive em relações privadas.

Logo, não somente ter condições de gozar da vida com efetivação dos direitos, mas também viver em um local onde se tenha condições de levar uma vida digna, pois ter um habitat que possa servir de meio para crescimento pessoal e profissional deve ser repensado pela atual sociedade.

Afinal, que dignidade teria uma família que mora no pé de um morro ameaçado de desmoronamento a todo instante que venha a chuva ou, ainda, uma sociedade com o medo daqueles que moram na rua?

Desde a Declaração de Estocolmo de 1972, que marcou historicamente a relevância histórica do Direito Ambiental, ficaram evidenciados os direitos de solidariedade, com atenção especial ao ambiente, porquanto direito do homem de viver num ambiente saudável

com vida digna, apesar de ser considerado *soft law*⁷³ (direito flexível sem obrigatoriedade e coercibilidade) em função de apenas haver obrigação moral a nível internacional. Essa concepção, porém, deve ser repensada, inclusive para que se garanta uma maior efetividade do direito ao meio ambiente em âmbito mundial.

Nas últimas décadas do século passado, acentuou-se a preocupação com alguns bens relevantes, cuja preservação interessava não a certas pessoas ou grupos, e sim à coletividade, à sociedade e a toda humanidade.

Trata-se, portanto, de direitos que estão ligados não a grupos sociais específicos, mas que são da sociedade como um todo ou o próprio "gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta", como o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2002, p. 523).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental para uma sadia qualidade de vida para todo o gênero humano, devendo todos solidariamente protegê-lo, razão pelo qual está inserido nos chamados direitos de terceira geração (direitos da fraternidade ou solidariedade) com previsão legal em tratados internacionais e em algumas Constituições.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental (ANTUNES, 2008, p 16)⁷⁴, ao determinar ao Poder Público e a toda coletividade o dever de protegê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, possibilitando também aos particulares a sua defesa com a conferência de dois remédios constitucionais para a sua tutela, a ação civil pública e a ação popular.

Chegou a ser objeto de discussão doutrinária se o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” seria um direito fundamental, por não figurar *a priori* no “catálogo dos direitos fundamentais”, porém essa nuvem cinzenta se esvaiu por se enquadrar no § 2º do art. 5º da Constituição.⁷⁵ E não é só, o art. 7º ainda o consagra como fundamental para a melhoria da sua condição social, buscando-se na dignidade da pessoa humana o fundamento e ponto de partida para considerá-lo pertencente ao rol dos direitos fundamentais (OLSEN, 2011).

⁷³ Consideradas quase instrumentos-jurídicos, que não têm qualquer força vinculativa ou cuja força é um pouco mais fraca do que a força obrigatória da lei tradicional, chamada de *hard law*.

⁷⁴ Hoje, já se fala em uma nova dimensão (geração) de direitos humanos, direitos estes que não se limitam àqueles fruíveis individualmente ou por grupo determinados, como foi o caso dos direitos individuais e direitos sociais. Norberto Bobbio já dizia que a maior importância deles é viver em um ambiente não poluído.

⁷⁵ Art. 5º. [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A discussão restou superada ao ser julgado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n. 134.297-8/SP, no qual se discutiu a possibilidade de desapropriação de imóvel rural situado no Pantanal Mato-Grossense para fins de reforma agrária em face da solidariedade em evidência na questão ambiental.⁷⁶

Por assim dizer, inseriu-se o *status* verde (GOMES, 2010, p. 165) da dignidade da pessoa humana com a consagração do direito ambiental entre os direitos fundamentais. Logo, ao lado dos direitos de liberdade e dos direitos sociais está o chamado direito do bem-estar ambiental, buscando-se uma vida saudável, preservando a personalidade humana e também o ambiente (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 38-39).

As características comuns desses bens são a transindividualidade (MILARÉ, 2007, p. 141-142)⁷⁷ – porque não tem um titular certo e determinado, e sim um sujeito indeterminado – e a indivisibilidade, por serem ligados por uma circunstância que atinge a todos indistintamente. A lesão a um bem de terceira geração não pode ser dividida, fragmentada, é uma lesão difusa.

São direitos ligados à ideia de solidariedade, já que, ao se referir a “todos”, assim o faz no interesse ligado à sua preservação e promoção, conquanto os direitos de terceira

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 out. 1995. Votação unânime. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DJ, Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=85691>>. Acesso em: 01 ago. 2014. [Ementa: [...] A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental. *A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade - o direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. - g.n.]*

⁷⁷ O Código de Defesa do Consumidor trouxe grande avanço ao classificar esses direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Édis Milaré ensina que os bens transindividuais, ao contrário dos demais bens que são divididos em públicos e privados, são bens de todos, com qualidade intrínseca e classificação única. É um terceiro bem. Bem jurídico *per se*.

geração possam assumir, dependendo do caso, uma dimensão prestacional ou dimensão de direitos de defesa.

Não teria sentido se somente o Poder Público ficasse responsável pela proteção dos bens que pertencem e são do interesse da coletividade, devendo também a sociedade atuar para que haja essa proteção. A salvaguarda dos direitos fundamentais não se refere a obrigações negativas somente, pois também pode importar obrigações positivas, de caráter prestacional.

Como exemplo das obrigações negativas e positivas, tem-se o princípio da função social da propriedade, prevista no art. 5º, inciso XXIII, e no art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, sob a esteira valorativa da nossa Constituição, resta imperioso destacar que não se pode arruinar a propriedade rural, além do que seu patrimônio vale, ao causar um dano ambiental acima de suas posses, ao mesmo tempo em que não se pode obrigar o proprietário a recuperar todo um ecossistema quando o prejuízo não foi todo causado por ele. Para tanto, o legislador ordinário tem a obrigação de sopesar estes dados econômicos na extensão da obrigação e da reparação.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais de solidariedade poderia ser imaginada na hipótese de proprietários vizinhos, em que um deles danifica o ambiente com o emprego de material poluente e causa a impossibilidade do uso da água de um manancial ou do lençol freático ou, até mesmo, causa doenças respiratórias e problemas genéticos em nascituros. O caso de Cubatão, no Estado de São Paulo, é exemplar ante a possibilidade de haver indenizações decorrentes dos danos provocados por terceiros a direitos fundamentais das vítimas.

O mesmo pode ocorrer em relação ao emprego indiscriminado de organismos geneticamente modificados (OGNs) ou de plantas transgênicas que possam causar prejuízos a muitas vítimas, o que acarretaria a possibilidade do estabelecimento de indenizações para a reparação dos danos, inclusive de direitos fundamentais como a vida e a integridade física ou mental.

O mesmo quanto ao direito à informação e à publicidade referente aos produtos criados pela tecnologia, porquanto, caso não haja a divulgação necessária para que as pessoas possam tomar conhecimento de seus efeitos nocivos, assim pode ser determinado para cumprimento pelos particulares.

A exploração de certas atividades que degradem o meio ambiente, por outro lado, pode gerar uma conseqüente compensação para as pessoas vitimadas pelas ações danosas e

pela sociedade como um todo, como, por exemplo, obrigar uma empresa a recuperar uma área ou transformar uma área já degradada em reserva florestal para minimizar os problemas gerados.

Na falta da previsão legal, caberá ao Poder Judiciário fazê-lo, pautando-se em uma lógica de razoabilidade. Tal decisão envolve uma ponderação de interesses entre direitos fundamentais, ligados de alguma forma à autonomia privada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há relevância no estudo da eficácia das normas de direito fundamental e sua aplicação jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, pois pouco ainda se discutiu quanto à sua eficácia nas relações entre particulares.

A priori, a eficácia dos direitos fundamentais se dava apenas com cunho de limitação do poder do Estado na sociedade, mas, posteriormente, evidenciou-se a necessidade de salvaguardar direitos dos menos favorecidos em face da voraz desigualdade decorrente de práticas mercantis e trabalhistas do sistema capitalista.

O reconhecimento dos direitos fundamentais sociais foi essencial para que os menos favorecidos pudessem receber uma proteção estatal não só com o estabelecimento de condições mínimas para o exercício do labor, mas também com a implementação de prestações havidas em decorrência de infortúnios como acidentes, mortes, doenças e em virtude da idade avançada.

Mais recente, e de forma a relacionar o aspecto social também com a solidariedade, há uma preocupação que se volta também para os direitos transindividuais, agora não só para a proteção apenas de indivíduos ou de mero grupo de pessoas, mas para assegurar ou o ser humano como um todo ou grupos humanos de forma coletiva e difusa.

O clímax do desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais adveio com o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como princípio orientador da República Federativa do Brasil e centro de gravidade da ordem jurídica, capaz de legitimar e condicionar o direito positivado, bem como de impor, em razão das peculiaridades encontradas na realidade econômica e social brasileira, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Acerca da proteção conferida pelos direitos fundamentais, independentemente da existência ou não de desigualdade nas relações jurídicas, é necessário notar que tais direitos

não ficam adstritos apenas a grupos societários, associações e sindicatos, mas também ao cidadão comum nas relações privadas mantidas com outras pessoas.

A apreciação da desigualdade material se faz necessária no momento em que se tiver de ponderar um direito em questão com a autonomia privada.

O constitucionalismo pátrio, alicerçado no § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, reflete o entendimento majoritário de que os direitos fundamentais nas relações privadas têm eficácia direta e imediata, por ter raízes valorativas e sociais.

Pelo fenômeno da repersonalização do direito, rompe-se a dicotomia público e privada em um caminho para um constitucionalismo harmônico, que não ofende a autonomia privada porquanto alicerçado também no princípio da livre iniciativa e na liberdade, mas com o necessário balanceamento entre os bens jurídicos.

A "judicialização" das políticas sociais tem significado um grande avanço na efetivação da Constituição Federal. Verifica-se, então, como principal desafio, o resgate das promessas da modernidade para colocar em destaque os direitos sociais, políticos e transindividuais.

Para que as instituições do Estado Democrático de Direito tornem efetivas tais promessas, especialmente quanto ao princípio da solidariedade e à implantação de níveis suficientes de justiça social (à garantia de uma existência digna), o Estado e a sociedade devem assumir essas premissas.

A finalidade última do Estado sempre será a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARENDT, H. **A condição humana**. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 240, 2005, p. 1-42.
- BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz das jurisprudências mundiais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, N. **Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 out. 1995. Votação unânime. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil* - Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=85691>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília/DF, 29 de outubro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [D.J.], Brasília, DF, 19 dez. 1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes.

Brasília/DF, 11 de outubro de 2005. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [D.J.], Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 962.980/SP (2007/0144835-5). Recorrente: Diego de Carvalho Ferreira. Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 13 de março de 2012. *DJe*, Brasília, DF, 15 maio 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701448355&dt_publicacao=15/05/2012>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 10ª Turma. Apelação Cível n. 1230133 (0013545-72.2005.4.03.6102). Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: União. Relator: Juiz Federal David Diniz. Brasília, DF, e-DJF3 Judicial 1, 03 ago. 2011, p. 1606.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, J. F. de A. **Direitos humanos: Fundamentação onto-teleológica dos direitos humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

FACHIN, Z. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FROM, E. **Ter ou Ser**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

GOMES, C. A. Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: **Textos dispersos de direito do ambiente**. Lisboa: AAFDUL, v. III, 2010.

- GOZZO, D. **Informação e Direitos Fundamentais**: eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLSEN, A. C. L. **Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.
- ROTHEMBURG, W. C. Direitos fundamentais e suas características. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 29, out.- dez. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=24215>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- SACCHETO, C. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de (Coords.). In: **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 09-52.
- SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, I. W. **Direitos sociais como direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O IDOSO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A CONTEMPORÂNEIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Dirceu Pereira Siqueira*⁷⁸

*Monica Cameron Lavor Francischini*⁷⁹

INTRODUÇÃO

O Direito busca preservar aquilo que o ser humano considera mais importante, seus valores⁸⁰, que lhe mantém a essência, buscando a valoração da pessoa e protegendo seus direitos (REALE, 1999, p. 207-210).

Cantali (2009, p. 27) neste sentido explica que:

O Direito existe por causa do homem, sendo este o sujeito primário daquele. Por essa razão, sempre se vislumbrou a pessoa como protagonista do cenário jurídico, com a valoração da pessoa e da tutela dos direitos inerentes a ela constituindo fruto de um processo histórico longo, mas de construção teórico efetiva recente.

Para Larenz (1991, p. 01), a ciência do Direito é aquela que se confronta com a “solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído, ou seja, a tradicionalmente denominada Jurisprudência”.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O VIÉS DA TUTELA AO IDOSO

É uma tarefa difícil, senão impossível, estabelecer um conceito único sobre os direitos da personalidade, por isso é primordial estabelecer suas características e seu alcance para melhor compreendê-los.

Como o próprio nome assevera, os direitos da personalidade possuem por fundamento básico a pessoa e sua personalidade, sendo seu objeto os bens e valores considerados essenciais ao ser humano (BORGES, 2007, p. 20). Pelo fato do conceito de

⁷⁸ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Professor Permanente do Programa Pós-graduação em Ciências Jurídicas – Mestrado em Direito no Centro Universitário de Maringá/PR - UniCesumar; Professor nos Cursos de Graduação em Direito no Centro Universitário de Araraquara – UNIARA; no Centro Universitário de Bebedouro – UNIFAFIBE e na Faculdade Barretos – FB; Advogado.

⁷⁹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas – Mestrado em Direito e Especialista em Direito Público, ambos pelo Centro Universitário de Maringá-PR - UniCesumar; Professora da Faculdade Maringá - FMA e do Centro Universitário de Maringá-PR - UniCesumar; Advogada.

⁸⁰ Miguel Reale destaca que estes valores não são estáticos, mas sim resultantes de uma experiência histórica e que apenas o ser humano possui esta carga valorativa

pessoa já ter sido tratado anteriormente, faz-se necessário analisar apenas o conceito de personalidade.

A personalidade humana do ponto de vista antropológico se compõe de individualidade, subjetividade e personalidade, já que a pessoa é um indivíduo:

[...] singular, exclusivo e irrepitível, embora guarde semelhança com os demais da espécie. Graças a razão é um sujeito soberano, dono de uma vontade e de uma capacidade reflexiva e criadora, muito embora esteja subordinado a lei comum. É pessoa por congregação dupla dimensão: corpo e espírito – a sua existência física e mental e a sua inteligência criacional capaz de superar a finitude (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 181).

Para esta ciência, que visa entender o indivíduo através de sua inserção no meio grupal em que vive, a personalidade se desenvolve em base a exemplos, sejam eles dos pais, dos amigos ou dos familiares, bem como na cultura em que esta pessoa está inserida (MOTTA; CAVALLINI, 2009, p. 621).

O entendimento sobre o desenvolvimento da personalidade para a psicologia muito se assemelha ao anterior, pois aqui também a personalidade:

[...] não nasce com o indivíduo, mas sim é construída, moldada, modelada e modificada ao longo da vida, sofrendo influências do meio social no qual o ser humano está inserido, bem como pelos valores que lhe são repassados e pelas situações experimentadas (MOTTA; CAVALLINI, 2009, p. 625).

Para Jung (2011, p. 37), a personalidade é de extrema importância para a vida da comunidade, tudo quanto perturbar seu desenvolvimento é sentido como um perigo, entretanto, o maior perigo reside na dissolução prematura do prestígio através de uma invasão do inconsciente coletivo.

Assim, as transformações de personalidade podem ocorrer por influência de fatores externos, mas é mais provável que sejam lenta e progressivamente processadas no inconsciente para, em um certo momento, emergir, gradualmente, ao consciente (JUNG, 2011, p. 61).

Ainda dentro do campo da psicologia, o autor explica sobre a “personalidade-mana” que seria uma criatura cheia de qualidades mágicas e ocultas, dotada de sabedoria e poderes mágicos, algo como um mago, um anunciador da verdade suprema ou a grande mãe, que vive pelos outros, é a descobridora do grande amor.

Explica que o ser humano busca dominar esta personalidade mana, e ao conseguir (o domínio total do eu) seria como um super-homem ou um sábio. Uma personalidade assim

seria uma personalidade-mana. Um herói, um homem-deus, cuja figura terrena é o sacerdote (JUNG, 2011, p. 113)

O indivíduo, portanto, sofre influência do meio em que vive, que imita comportamentos, que as informações estão armazenadas no inconsciente e que podem submergir a qualquer momento para o consciente, então a sociedade interfere diretamente na formação da personalidade e ao mesmo tempo pode fazer com que as pessoas sejam melhores ou piores em suas condutas.

Para Cantali (2009, p. 63-64) a personalidade é um valor que independe de capacidade jurídica, ou seja, independe do indivíduo poder contrair obrigações e obter direitos, sendo assim um bem juridicamente tutelado, pois seu objeto, na visão de Adriano De Cupis (2008, p. 29), não é exterior ao sujeito, o que não implicaria a sua identidade com o sujeito, uma vez que o modo de ser da pessoa não é a própria pessoa.

Miranda (1999, p. 209) defende que a capacidade de direito e personalidade são sinônimos, pois a segunda nada mais é do que a capacidade de ser titular de direitos.

Segundo o citado autor, a personalidade em si não é direito, trata-se de “qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito” (MIRANDA, 1999, p. 216), inerente não somente aos seres humanos, já que fundações por exemplo também podem a ter.

1.1 Breve análise histórica

A doutrina atribui aos romanos a criação da teoria jurídica da personalidade. Isso porque os romanos acreditavam que quem não possuísse liberdade (pelo nascimento como os escravos que se tratavam de *res* de propriedade de seu senhor, ou por ter sido preso), não possuía nenhum outro *status*, nem personalidade. Já aqueles que habitavam as colônias romanas e os estrangeiros possuíam capacidade jurídica reduzida (SZANIAWSKI, 2005, p. 25-26).

A família romana era constituída pelo *pater* famílias (chefe) que possuía capacidade jurídica plena, enquanto os demais familiares possuíam apenas a capacidade de direito reduzida. Assim, os atos praticados pelos membros familiares só teriam eficácia se trouxesse benefícios para o chefe/administrador.

Apesar do reconhecimento dos direitos da personalidade em Roma, a proteção a estes direitos não era uma preocupação. No mundo antigo eram defesas isoladas que somente

serviam para tutelar as ofensas cometidas à vida e à integridade física, e posteriormente as ofensas injuriosas (SZANIAWSKI, 2005, p. 33)

Posteriormente se ampliou tal defesa através da tutela da liberdade e da honra, o domicílio contra a sua violação, bem como a liberdade de alguém que estivesse injustamente retido.

Nos séculos XV e XVI se iniciou a concepção do respeito ao direito de alguém sobre seu próprio corpo, e a partir do século XVII passou-se a existir a proteção da pessoa humana reconhecida pelo Estado (SZANIAWSKI, 2005, p. 38).

No Direito comparado, Zanini (2011, p. 40-41) destaca a Constituição Federal Americana de 1787, bem como a de 1776 onde foi criada a Declaração da Colônia de Virgínia que foram inseridos os denominados Princípios de liberdade e de proteção da pessoa humana.

Após houve a Declaração dos Direitos do Homem na França (fundada nos filósofos Montesquieu e Rosseau) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela Assembleia Geral da ONU em 1948.

Neste momento histórico, a pessoa passa a ter garantias de seus direitos fundamentais, inclusive de sua vida privada contra aparelhos eletrônicos como por exemplo as escutas. Desta forma, era possível controlar e coibir os meios técnicos e eletrônicos de intervenção na esfera privada das pessoas (SZANIAWSKI, 2005, p. 50).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, foram formas efetivas de se expressar e assegurar a proteção dos Direitos da Personalidade⁸¹.

Pode-se afirmar, assim, que foi após as duas grandes guerras que os Ordenamentos Jurídicos arrogaram para si a necessidade de proteção do ser humano, tendo em vista as atrocidades cometidas durante esses períodos, culminando no desenvolvimento do humanismo no pós-guerra e na formação dos direitos humanos e, por via de consequência, nos direitos da personalidade (CANTALI, 2009, p. 53).

Deste modo, na tentativa de se defenderem interesses privados e os direitos personalíssimos que os albergam e numa tentativa de evolução desses direitos, sempre dinâmico em todos os sentidos, especialmente quando trata da dignidade da pessoa humana, é que se repele qualquer tentativa que atente contra os princípios que envolvam os Direitos da Personalidade e a sua projeção no mundo jurídico.

⁸¹ Artigo XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nesse sentido, ou seja, com a evolução do direito, hoje tem-se constitucionalmente albergados no art. 5º, os Direitos Fundamentais, tutelados e sancionados já na década de 80, dos quais se conformaram os direitos da personalidade e sua proteção no âmbito da legislação civilista.

1.2 Conceito e alcance dos direitos da personalidade

Borges (2007, p. 21) destaca que “não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano”.

Miranda (1999, p. 216) ensina que estes direitos subjetivos são exercidos quando a pessoa física age contra o Estado em busca da aquisição de determinado direito, em razão de sua exclusão.

No que diz respeito aos idosos e, considerando o disposto no art. 8º do Estatuto do Idoso que define que “o envelhecimento é um direito personalíssimo”, parece claro concluir que envelhecer está dentre os direitos da personalidade, daí a importância de seu estudo (BITTAR, 1989, p. 29-30)⁸².

O enquadramento dos direitos de personalidade é defendido por alguns autores como sendo parte integrante do Direito Natural (BITTAR, 1989, p. 07-08), ou seja, já nascem com o indivíduo, sendo assim considerados como direitos inatos, pois para ser adquirido, não precisa preencher nenhum requisito, basta a condição de vida humana⁸³, existindo independentemente da vontade e de normas jurídicas, o que não se confunde com as eventuais ações judiciais decorrentes da infração desses direitos⁸⁴.

De Cupis (2008) leciona que sem respeito aos direitos da personalidade, a pessoa não existisse como tal, pois “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto”. Motivo pelo qual, sua proteção pelo Estado é fundamental, pois a personalidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, como também exposto por Cantali (2009, p. 154):

A personalidade é indissolúvelmente ligada à dignidade é valor fundante de toda a ordem jurídica. Entendida como valor, está na base de uma infinidade de situações jurídicas subjetivas que refletem a exigência de tutela na forma mais ampla e variada possível. Esta elasticidade de tutela que a personalidade exige é fundamental porque

⁸² No mesmo sentido: RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, Kenza Borges. A tutela dos Direitos da Personalidade dos idosos mediante implementação de políticas públicas, como forma de acesso à justiça.

⁸³ Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma que a dignidade independe inclusive do nascimento com vida já que, segundo a autora, o nascituro possui a qualidade de ser humano.

⁸⁴ Fernanda Cantali entende diverso, pois para ela “não se sustenta a tese de que a consciência universal estabelece os direitos da personalidade”.

é o instrumento necessário para que seja possível garantir proteção também em situações atípicas.

O fato é que os direitos da personalidade possuem por objeto diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, o que seria a materialização do Princípio da Dignidade Humana que será tratado a seguir (BORGES, 2007, p. 16).

Pela dificuldade em conceituar estes direitos, foram estabelecidas basicamente duas teorias: a pluralista e a monista (CANTALI, 2009, p. 81), sendo a primeira aquela que defende a existência de inúmeros destes direitos tipificados em lei e a segunda que defende a existência de uma cláusula geral de personalidade que se firmou no direito alemão a partir da Lei Fundamental de *Bonn*, cuja jurisprudência também os aplicava em virtude de questões históricas como o nazismo (SZANIAWSKI, 2005, p. 46-47).

Os defensores da teoria do direito geral de personalidade entendem ser impossível uma visão privada dos direitos de personalidade que os desvinculem da categoria ampla de direitos do homem, exatamente por ser o ordenamento jurídico um todo, um sistema dotado de hierarquia e de valores (SZANIAWSKI, 2005, 46-47).

Há ainda alguns autores que substituem a “cláusula geral de personalidade” pela “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, tornando mais ampla sua proteção e criando uma terceira corrente (TEPEDINO, 2001, p. 50-58).

Considerando os dois últimos entendimentos expostos, e em razão da importância conferida a dignidade da pessoa humana, muitos autores a consideram o núcleo central dos direitos da personalidade e dos próprios direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 57). É neste contexto que se encaixa o presente estudo.

Independentemente da classificação adotada, esta terminologia de “direitos da personalidade” encontra opositores na doutrina e na jurisprudência pois existem entendimentos quanto a natureza dos referidos direitos, bem como se tais direitos são pertencentes à categoria dos direitos subjetivos, considerando-os como direitos sobre a própria pessoa (SZANIAWSKI, 2005, p 72)⁸⁵.

Já no Brasil, a doutrina considera os direitos de personalidade como direitos subjetivos, e que não podem ser considerados somente direitos de personalidade aqueles tipificados no ordenamento positivo (BORGES, 2007, p. 19-28).

O fato é que a doutrina denomina os direitos de personalidade de direitos de propriedade imaterial, além de reconhecer suas características de inatos (inerentes a condição

⁸⁵ O autor Elimar Szaniawski cita como exemplo de doutrinadores alemães que negaram serem os direitos a personalidade enquadrados como direitos subjetivos: Savigny e Von Thur.

humana), irrenunciáveis (pois não se pode renunciar a sua própria dignidade), intransmissíveis (já que não podem ser transferidos a terceiros) (CANALI FILHO, 2011, p. 52-55)⁸⁶, irrestringíveis (MIRANDA, 1999, p. 216), e absolutos, pois são oponíveis *erga omnes* (BORGES, 2007, p. 33).

Segundo Szaniawski (2005, p. 87-88), os direitos de personalidade são divididos em direito de personalidade públicos e direitos de personalidade privados, sendo os primeiros “aqueles direitos inerentes à pessoa humana previstos e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e demais convenções internacionais”, cujos objetivos seriam a defesa individual perante o Estado, além da defesa da sociedade, como um todo, diante das agressões praticadas por particulares.

Já os direitos de personalidade privados são “direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade” (SZANIAWSKI, 2005, p. 87-88), possuindo os mesmos objetivos que os públicos, atuando nas relações dos particulares entre si, protegendo o indivíduo face a outro particular.

O mesmo autor conclui que os direitos de personalidade sociais podem ser enquadrados sem problema algum ora nos direitos de personalidade públicos ora nos direitos de personalidade privados.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO CENTRAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A dignidade da pessoa humana tem sido preocupação constante no mundo ocidental, pautando legislações e decisões no mundo todo, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, pois “para definir dignidade é necessário levar em consideração todas as violações que foram praticadas” (FREIRE, 2009, p. 602), tais como tortura, assassinatos e submissão a condições degradantes de pessoas (SZANIAWSKI, 2005, p. 141).

No Brasil, além dos fatos históricos mundiais descritos, acrescentam-se os fatos e torturas decorrentes da ditadura militar (CANTALI, 2009, p. 84).

Apesar disso, o conceito deste princípio não é universal, variando pela aplicação dos fatores: lugar, espaço, cultura, circunstâncias políticas e ideológicas (BARROSO, 2010, p. 09).

Assim, a dignidade da pessoa humana não é absoluta (BORGES, 2007, p. 19-20), pois possui um aspecto cultural, social e político (CARVALHO; SILVA, 2012, p. 251),

⁸⁶ No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 07-11.

devendo seu conteúdo e aplicação ser analisado conforme o “contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana” (SARLET, 2009, p. 28).

A dignidade da pessoa humana se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo (BARROSO, 2013, p.14), pois identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado por todas as pessoas por sua existência no mundo. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência, como será descrito adiante (BARCELLOS, 2002, p. 146).

Denota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não tem o condão apenas de impedir a degradação da pessoa, mas também de que haja promoção ao seu livre desenvolvimento.

Assevera Barroso (2013, p. 21) que toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não viole os direitos de terceiros e nem ofenda a ordem constitucional ou a moralidade.

Por conseguinte, o referido autor declara que o livre desenvolvimento da personalidade humana está intrinsecamente ligado às ideias centrais subjacentes à dignidade que são a autonomia⁸⁷ e a liberdade para realizar escolhas pessoais (BARROSO, 2013, p. 43.).

Assim e, pelo fato da dignidade da pessoa humana tratar-se de uma categoria axiológica aberta, não há como estabelecer uma conceituação única, estando este aprendizado em constante construção e desenvolvimento (SARLET, 2009, p. 27).

Costuma-se afirmar que a dignidade é um atributo do ser humano, nascendo junto com ele (ideia inclusive anterior ao próprio direito) sendo o principal fundamento do nosso ordenamento jurídico e dos próprios direitos humanos.

Este princípio basilar esta dentre os valores centrais do Direito, sendo um fundamento axiológico (BARROSO, 2010, p. 10), motivo pelo qual deve ser considerado não apenas um princípio e sim um valor fundante que serve de parâmetro inclusive na interpretação⁸⁸ dos próprios princípios (SIMÕES, 2013, p. 224).

Sarlet (2009, p. 20-21) explica que a dignidade inerente ao ser humano não pode ser considerada sinônimo de qualidade biológica, como as características genéticas de raça e cor

⁸⁷ A autonomia pessoal seria o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. Aqui é necessário o preenchimento de determinadas condições: a razão (capacidade mental de tomar decisões), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas). Assim, a autonomia como ideia central da dignidade da pessoa humana corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas (BARROSO, 2013, p. 61-82).

⁸⁸ Para Norberto Bobbio interpretar significa compreender o significado do signo, pois a linguagem humana é um complexo de signos, onde uma palavra pode adotar diversos significados (BOBBIO, 1995, p. 212-213).

dos olhos. A dignidade da pessoa humana independe das características externas do indivíduo, sua classe social, gênero, idade, cor, sendo que todos os seres humanos a possuem independente inclusive de seus bens materiais.

É fato que a dignidade é inerente ao próprio ser humano, porém cada qual sofre uma influência do meio em que vive, e este meio interfere no que é ou não considerada dignidade. Para a doutrina se denomina de “dimensão intersubjetiva da dignidade”. Esta influência que gera a necessidade de reconhecimento e proteção pelo Direito, que deve ser preservada e conseqüentemente, gerar a igualdade de todos (SARLET, 2009, p. 22-23).

Carlos Simões ao tratar dos direitos sociais universais destaca que o conjunto destes direitos sociais são imprescindíveis a uma vida com dignidade, pois “a universalização dos direitos deve garantir o resultado das lutas sociais, criar novas formas de garanti-los e ajustar a realidade em função dos interesses gerais, no esforço por uma vida digna” (SIMÕES, 2013, p. 215).

Universalizar estes direitos não se trata de mascarar as diferenças sociais existentes e sim possibilitar uma vida digna⁸⁹ a pessoas que não tem condições de tê-la provida sozinhas. Isso através de acesso aos bens necessários para tanto, pautando-se em três valores constitucionais fundamentais: dignidade, trabalho e solidariedade (SIMÕES, 2013, p. 223.).

Sarlet (2009, p. 32) ressalta que a dignidade está diretamente ligada a autonomia pessoal, a liberdade e igualdade, a tornar a pessoa como sujeito de direitos, e mais ainda, efetivar reconhecimento e proteção da identidade pessoal, integridade física e emocional.

No direito comparado, o mesmo autor destaca a tendência de substituir a dignidade a própria vida, “no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado” (SARLET, 2009, p. 97).

Isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em uma cláusula geral de concepção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, um princípio matriz de todos os direitos fundamentais (CANTALI, 2009, p. 89).

A união deste princípio com os demais princípios constitucionais fundamentais sustenta tanto os direitos gerais quanto aqueles considerados especiais, sendo considerado para tanto como um “princípio mãe” (SZANIAWSKI, 2005, p. 139).

⁸⁹ É importante esclarecer que o direito a uma vida digna (conforme previsão contida no artigo 5 da CF/88), não pode ser sinônimo do valor: dignidade humana, já que o segundo contém o primeiro (FREIRE; RAMPAZZO, 2009, p. 609).

Mesmo os direitos considerados sociais, econômicos e culturais estão diretamente ligados a dignidade da pessoa humana, de modo que: ser pobre não significa necessariamente estar com a sua dignidade violada ou na iminência de estar, mas a obrigatoriedade em ali permanecer por falta de auxílio estatal em situações de vulnerabilidade social é que é inconcebível (SARLET, 2009, p. 104-105)⁹⁰.

Considerando a difícil conceituação da dignidade é que normalmente seu conteúdo tem sido formulado em sentido negativo, ou seja, qual atitude não se deve tomar para não violá-la (FREIRE; RAMPAZZO, 2009, p. 607).

Esta dificuldade de conceituação também traz como consequência a necessidade de compreender sua aplicabilidade. Neste sentido, a doutrina entende que a dignidade é um atributo da pessoa humana, sendo o "fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular", sendo, portanto, considerado o núcleo essencial também dos direitos humanos (TEPEDINO, 2001, p. 50).

Ainda sobre a relação entre os direitos humanos e a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que com base no princípio da solidariedade, os direitos humanos e os chamados direitos sociais, devem se efetivar através da execução de políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aquelas pessoas que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente (COMPARATO, 2013, p. 78). Este seria o denominado Estado Social Democrático (SANTOS, 2010, p. 61).

Comparato (2013, p. 352) entende que a todos os seres humanos devem ser atribuído condições para uma vida digna⁹¹, através de políticas públicas e ações governamentais, considerando inclusive estas serem a condição primária de uma sociedade igualitária.

⁹⁰ Neste contexto, vale lembrar, ainda, que o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais residem justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que - de acordo com Rosenfeld - "onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados". A respeito do vínculo entre pobreza e dignidade da pessoa humana, importa referir o argumento de que nem sempre a pobreza (apesar de ser um fator limitador da liberdade individual) implica uma violação da dignidade, que, no entanto, resta configurada sempre que a pobreza resultar em exclusão e déficit efetivo de autodeterminação, o que se verifica, em termos gerais, sempre que as pessoas são forçadas a viverem na pobreza e na exclusão, em função de decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos. A conexão da dignidade da pessoa humana com a problemática da pobreza e exclusão social não se limita, todavia, ao déficit de autodeterminação e à privação do assim chamado mínimo existencial, pois se manifesta igualmente por meio do processo de humilhação (e consequente perda até mesmo da auto-estima) à qual está sujeito todo aquele afetado pela pobreza extrema e pela exclusão.

⁹¹ As condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade variam conforme a sociedade e a época em que a pessoa está inserida, isso porque há uma dimensão histórica e cultural da própria dignidade da pessoa humana, conforme já tratado. Diante desta necessidade que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela ONU em 1986 define que "Os Estados tomarão medidas firmes para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do *apartheid*, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e

As políticas públicas são, neste contexto, consideradas “programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas a realização de direitos e de objetivos sociais e juridicamente relevantes” (BUCCI, 2006, p. 63) – Dentro deste quadro é que se insere a seguridade social já tratada em capítulo anterior.

2.1 Evolução histórica da proteção a dignidade humana

Não se conhece o exato momento em que se iniciou a utilização da terminologia de “dignidade da pessoa humana”, alguns acreditam que esta preocupação vem desde a criação do ser humano, já que a Bíblia faz menção a semelhança do homem com Deus, seu criador (SILVA; ZENI, 2009, p. 205).

Do ponto de vista cristão, portanto, a dignidade da pessoa humana está presente desde o Antigo Testamento, onde se extrai a ideia de que o homem “provém da divindade por ser filho de Deus e ter sido criado a sua imagem e semelhança” (SILVA; ZENI, 2009, p. 205).

A Idade Média iniciou a conceituação de pessoa humana fundada na dignidade, tendo Santo Tomás de Aquino adotado a sua no Princípio da Individualização, pois entendia que tal advém da própria matéria e a pessoa é uma substância individual dotada de uma certa dignidade, sendo a suprema dignidade do ser humano a razão (SZANIAWSKI, 2005, p. 36).

Tomás de Aquino defendia assim que a dignidade (absoluta, permanente e ativa) da pessoa vem a identificar-se com a liberdade. Assim toda pessoa possui dignidade, entretanto esta última possui uma escala, assim como a moral.

No campo filosófico e político, a dignidade da pessoa humana estava diretamente ligada com a posição social do indivíduo e o reconhecimento deste indivíduo pela sociedade (SARLET, 2009, p. 32).

Assim, admite-se a existência de pessoas mais ou menos dignas, distinguindo-se a pessoa das demais criaturas pelas suas inerentes qualidades, mesmo diante do fato de que todos possuem dignidade e liberdade pessoal.

Já em Roma, Cícero desvinculou a dignidade da posição social, elencando que existe a dignidade moral relacionada às virtudes pessoais e a sócio política relacionada com a posição social e política da pessoa (SARLET, 2009, p. 33).

ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação.” ONU. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

O pensamento jusnaturalista relacionou a dignidade da pessoa humana com o direito natural, prevalecendo o pensamento da existência de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Kant defendia a ideia de que o ser humano não pode ser tratado como objeto, afinal a autonomia da vontade é um atributo encontrado apenas nos seres racionais. Este pensamento é o fundamento da dignidade da natureza humana de acordo com a doutrina (SARLET, 2009, p. 34).

Estes pensamentos foram “esquecidos” quando da ascensão do Estado Nazista, e posteriormente retomados após o término da Segunda Guerra Mundial, através da Lei Fundamental de *Bonn* (1949) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Assim, a dignidade da pessoa humana passou a ser a “preocupação com a valorização do ser humano protegendo sua dignidade existencial”, fazendo com que o indivíduo se torne o centro do ordenamento jurídico (COMPARATO, 2010, p. 05).

Hegel, ao contrário de Kant e sendo representante do idealismo filosófico alemão e fundamentado na ontologia, sustentava que a dignidade está ligada a ideia de que o ser humano não nasce digno, se torna apenas quando assume sua condição de cidadão (SARLET, 2009, p. 40).

Atualmente, a dignidade da pessoa humana está presente no pensamento filosófico, político e jurídico, afinal trata-se de uma qualificação como valor fundamental da ordem jurídica. Do pensamento jusnaturalista preserva-se a ideia de que o ser humano é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado (SARLET, 2009, p. 44).

No campo dos grupos vulneráveis, mais precisamente dos idosos, Cantali Filho (2011, p. 83) cita:

O direito ao envelhecimento com dignidade em nada difere na sua dimensão de qualquer outro período do desenvolvimento da vida humana. Pode-se concluir que, se a pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, esse direito é linear, abrangendo todas as fases da vida, ou seja: desde o seu nascimento até a sua morte.

O próprio Estatuto do Idoso⁹² e os princípios contidos na Política Nacional do Idoso⁹³ dispõem neste sentido.

⁹² Estatuto do Idoso. Arts. 2, 3, 9 e 10.

⁹³ Lei 8842/1994. Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - 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; [...]

2.2 A proteção constitucional da Dignidade da Pessoa Humana⁹⁴

Apesar do Brasil ter sido descoberto em 1500, foi a partir de 1530 que as Ordenações Manuelinas passaram a vigorar no país. No século XVII foi elaborado um Código Civil português e em 1446 as Ordenações Afonsinas que possuíam regras de proteção a personalidade humana onde as penas eram aplicadas de acordo com a classe social em que o ofensor estava inserido (entendimento este que prevaleceu também nas Ordenações Manuelinas) (SZANIAWSKI, 2005, p. 129-134.).

Em 1603 passou a vigorar as Ordenações Filipinas em Portugal e, conseqüentemente também no Brasil. Tal norma jurídica vigorou até a independência do Brasil, quando foi criada a primeira Constituição Federal Brasileira em 1824, e em 1917 o primeiro Código Civil. Este Código Civil foi baseado na doutrina alemã e não tratou dos direitos da personalidade, deixando para o âmbito penal (em 1940), bem como para leis esparsas posteriores tal tutela.

Ainda dentro do Direito interno e apesar da CF da época não conter uma cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade, este diploma legal trouxe a dignidade humana como princípio fundamental do Estado e inseriu os direitos especiais de personalidade (vida, igualdade, intimidade, entre outros) (SZANIAWSKI, 2005, p. 134-136).

A Constituição de 1988⁹⁵ protege a dignidade da pessoa humana já em seu primeiro artigo, sendo este ponto inclusive considerado o princípio norteador de toda a Constituição Federal.

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a idéia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente "uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios", como afirma Canotilho (CANTALI, 2009, p. 50).

A Constituição vigente foi a primeira a ter um título dedicado somente sobre os princípios fundamentais, estando aqui o que se denomina de núcleo essencial da nossa Constituição (formal e material).

O texto constitucional inovou também ao tratar a dignidade da pessoa humana como aspecto fundamental do Estado Democrático de Direito, elencando-a em todo o texto normativo (SARLET, 2009, p. 58.).

⁹⁴ Para a presente pesquisa, utilizar-se-á a dignidade da pessoa humana como princípio mestre de categoria axiológica, conforme fundamento de Barroso (2010, p. 10).

⁹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Vale destacar que este princípio basilar tem sido encontrado não apenas na Constituição Federal Brasileira, mas também na Constituição da República Italiana, na Lei Fundamental da Alemanha e nas Constituições portuguesa e espanhola (SANTIN, 2005, p. 81).

Esta existência da dignidade da pessoa humana nos textos legais denominada de posituação do princípio da dignidade da pessoa humana é recente em todo o mundo, e delimita um ponto considerado essencial: o fato de que o Estado existe em função da pessoa. Fernanda Cantali afirma que há uma “preocupação com a valorização do ser humano protegendo sua dignidade existencial, dignidade esta que, elevada a fundamento da República, colocou o indivíduo como o centro do ordenamento [...]” (CANTALI, 2009, p. 54).

Neste contexto e considerando o tema da presente pesquisa, Sarlet (2009, p. 34) destaca:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

Para tanto há a necessidade de uma dimensão dúplice sobre o tema no seguinte sentido: a existência da autonomia do indivíduo, ligada diretamente as suas decisões pessoais e; a necessidade de proteção estatal e da própria sociedade (para aqueles considerados hipossuficientes) (SARLET, 2009, p. 31).

Campos Silva (2013, p. 170) defende a ideia de que para se efetivar e proteger os direitos fundamentais voltados a dignidade da pessoa humana faz-se necessário torná-lo alopoiético, ou seja, abrir o sistema jurídico às influências externas da vida real.

Com relação ao enfrentamento de questões concretas de afronta a dignidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal pouco têm acrescentado já que “muitas vezes enfrenta os problemas apenas quando não há mais saída, e assim mesmo o faz de forma superficial” (FREIRE; RAMPAZZO, 2009, p. 608).

2.3 Os direitos fundamentais como instrumento de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que os direitos fundamentais foram inicialmente protegidos não por leis, mas sim pelos costumes sociais, pois conforme ensina Alarcón (2004, p. 64) “nas civilizações do Oriente Médio, por volta do terceiro milênio antes de Cristo, encontramos vários documentos [...] onde se evidenciam as primeiras manifestações de proteção da vida humana”.

Atualmente, tais direitos estão inseridos em diversas Constituições ao redor do planeta, tais como a Constituição portuguesa de 1976 e da Suíça, além de ter sido a Constituição do *Reich* alemão de 1919 que deu notoriedade a expressão “direitos fundamentais”, devendo ser reconhecidos como aqueles direitos do ser humano, positivados pelas constituições estatais e que podem sim ser variáveis de acordo com o país e a cultura a que estão submetidos (ZANINI, 2011, p. 56).

Para Araújo (2007, p.110), os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade, nas suas necessidades e na sua preservação.

Sarlet (1998, p. 80), por sua vez, ensina que os direitos fundamentais são todas as proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Não resta dúvida, portanto, que os direitos fundamentais descritos na Constituição Federal do Brasil têm por objetivo principal proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

As formas de afronta a dignidade são direcionadas a pessoa em si e não em abstrato, mesmo havendo uma dignidade comunitariamente elaborada, ou seja, “ao mesmo tempo em que a dignidade é individual, peculiar a cada ser humano, existe também uma dignidade humana conjunta e social” (FREIRE; RAMPAZZO, 2009, p. 606).

A dignidade humana é ofertada a todos os seres humanos e a dignidade da pessoa humana está no contexto do coletivo, por este motivo é que determinada conduta pode ferir não todos os seres humanos (SARLET, 2009, p. 28).

Baseando-se novamente nas lições de Sarlet (2009, p. 29), não cabe aos “direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação”,

pois trata-se de direito inapropriável, irrenunciável e inalienável, devendo ser respeitado, promovido e protegido por toda a sociedade e pelo próprio Estado. Mas existe dignidade sem Direito?

Para o mesmo autor a resposta é positiva, pois cabe ao Direito apenas reconhecê-la. Este reconhecimento doutrinário, legal e jurisprudencial existe em todo mundo, inclusive na Declaração Universal da ONU (1948).

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido - e a doutrina majoritária conforta esta conclusão - primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz, aspecto que voltará a ser considerado, ainda que não exatamente no mesmo contexto (SARLET, 2009, p. 22).

Após longas discussões acerca da conceituação dos direitos fundamentais, e, considerando a sua evolução ao longo dos anos e suas premissas, estes direitos foram divididos em dimensões (ou gerações) para melhor compreensão⁹⁶.

Apesar de não ser unânime o entendimento doutrinário acerca da quantidade destas dimensões, é pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais de primeira dimensão estão vinculados ao Princípio da Liberdade, dentre eles, os direitos civis e políticos⁹⁷, que passaram a ser objeto das preocupações de estudiosos a partir do século XVIII.

Os direitos da primeira geração possuem um cunho materialista e têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, já que visam um “não atuar do Estado para garantir a liberdade do indivíduo” (SOUZA, 2013, p. 372).

Desta maneira, esses direitos não foram concedidos pelo Estado, mas conquistados em face do poder exercido arbitrariamente.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão estão vinculados ao Princípio da Igualdade, sendo direitos econômicos, sociais e culturais que floresceram no século XX.

⁹⁶ Para Zulmar Fachin, a terminologia “geração” pode conduzir a equívocos na interpretação e concretização dos citados direitos, pois o uso desse vocábulo pode conduzir à ideia de que há sucessão entre as diferentes gerações de direitos fundamentais, de modo que a primeira se extinguiria com o advento da segunda, o que não ocorre (FACHIN, 2013, p. 222).

⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Arts. 5, 12 a 17.

Consistem no resultado das lutas travadas por uma pluralidade de atores sociais, em várias partes do mundo, contrapondo-se aos interesses da burguesia (FACHIN, 2013, p. 224-225).

É aqui que o presente estudo se encaixa, pois os direitos de primeira dimensão impõem a abstenção do Estado, enquanto que os de segunda exigem que o Estado atue positivamente para efetivá-los. Isso significa que o Estado pode atuar diretamente em favor desses direitos, mas pode também, ensinar a participação de outras instituições e mesmo de pessoas da coletividade, que deverão atuar com o propósito de concretizá-los.⁹⁸

Portanto, é possível salientar que a importância da dignidade da pessoa humana explícita dou não no arcabouço legislativo certamente representa o núcleo central do direitos fundamentais tabulados na ordem jurídica.

Já com relação aos direitos da personalidade, Szaniawski (2005, p. 117) defende que as normas emanadas da Constituição e dos Tratados Internacionais firmados alcançam relações jurídicas tanto no campo privado quanto no público, dentre elas aqueles considerados os direitos da personalidade.

O próprio Tribunal Federal alemão considerou serem os direitos da personalidade originários, uniformes e que tem por objetivo proteger a personalidade e a dignidade humana contra toda e qualquer lesão, seja oriunda do Estado ou de particulares (SZANIAWSKI, 2005, p. 117).

Assim, é cabível o entendimento de que os direitos da personalidade estão inseridos dentro dos direitos fundamentais (CANALI FILHO, 2011, p. 46), mas não se esgotando neles (CANTALI, 2009, p. 90). Entretanto, estes direitos não são sinônimos, pois os direitos fundamentais são direitos positivados constitucionalmente que visam a proteção do indivíduo face ao Estado, enquanto os direitos de personalidade devem prevalecer entre relações entre particulares e em face do Estado (ZANINI, 2011, p. 58-59)⁹⁹.

⁹⁸ Tais direitos foram amplamente protegidos na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas também mereceram atenção da Proclamação de Teerã e da Declaração e Programa de Ação de Viena. Na Constituição de 1988, estão previstos nos arts. 6º a 11 e nos arts. 193 a 232. Dentro deste contexto, alguns documentos e manifestos foram primordiais na conquista destes direitos de segunda dimensão, dentre eles, pode-se citar a Encíclica *papa rerum novarum* de 1891 e o Manifesto comunista. Ainda, para Zulmar Fachin, os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX e estão vinculados à solidariedade (fraternidade). Especificam-se nos direitos à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade. Já os direitos fundamentais de quarta dimensão são próprios da institucionalização do Estado Social, sendo a informação, a Democracia e o pluralismo. Aqueles de quinta dimensão remontam ao final do século XX, sendo a paz e os de sexta dimensão seria a água potável. (FACHIN, 2013, p. 224-225).

⁹⁹ No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 22-23.

No mesmo sentido, Pinto (2004, p. 71) explica que a finalidade de se tutelar os direitos fundamentais é criar limites ao poder político contra ofensas ao indivíduo, fundando-se na lei e dependendo dela. Já os direitos da personalidade são reconhecimentos da própria dignidade da pessoa humana, devendo ser respeitados independente de qualquer tipificação legal, afinal a defesa da pessoa humana pelo Direito é anterior a própria Constituição¹⁰⁰.

Daí, pode-se concluir que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas há direitos que são enquadráveis apenas em uma das categorias o que, no que toca ao conteúdo, demonstra apenas parcial coincidência. Ainda, os direitos da personalidade são examinados sob o prisma das relações privadas, da proteção contra outros homens, enquanto que os direitos fundamentais são direitos públicos que objetivam a proteção do indivíduo contra atos do estado (ZANINI, 2011, p. 62).

Em síntese e nas palavras de Menezes e Gonçalves (2012, p. 197),

[...] com o amadurecimento dos direitos fundamentais e humanos destinados à promoção do homem, os direitos da personalidade vieram para, também na ordem privada, edificar muros para salvaguarda da pessoa. É de fácil observação a zona de coincidência entre as três categorias: a busca incessante pela garantia da dignidade humana. Inicialmente, pelos direitos humanos, depois por meio dos direitos fundamentais até culminar nos direitos de personalidade, numa evolução conturbada, com avanços e retrocessos, mas com o objetivo comum de zelar pela pessoa.

Na Constituição Federal, além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais, existem diversos outros considerados implícitos e ainda diversos outros fixados em outras partes do texto constitucional (como o direito ao meio ambiente equilibrado previsto no art. 225). Todos estes princípios também possuem relação direta com a dignidade humana (SARLET, 2009, p. 113).

Isso não significa dizer que uma eventual ofensa a um direito fundamental também não possa se tratar de uma violação da dignidade da pessoa humana. No campo da proteção aos idosos, vale destacar duas correntes doutrinárias: a primeira que defende a ideia de que os direitos dos idosos estão inseridos nos direitos sociais e a segunda que defende que estes direitos estão inseridos dentre os direitos da personalidade (CAMPOS SILVA, 2013, p. 181).

O fato é que com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, a legislação definiu ser o envelhecimento um direito personalíssimo, e sua proteção um direito social, o que tornou claro que “uma coisa é o direito a velhice, outra coisa é o direito à proteção da velhice” (CAMPOS SILVA, 2013, p. 181), o que acabou por tornar ambas as correntes complementares e não excludentes.

¹⁰⁰ Conferência proferida na II Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 17 a 25 de novembro de 2003.

Assim, os direitos da personalidade são formas de proteção da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2010, p. 13), devendo esta servir de critério interpretativo do ordenamento constitucional (CANALI FILHO, 2011, p. 42).

É inegável, no entanto, que direitos da personalidade e direitos fundamentais, embora distintos, são facilmente confundidos, visto que ambos têm como base a dignidade da pessoa humana. Por vezes, direitos da personalidade são reconhecidos como direitos fundamentais, daí a relevância de compreendê-los a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com relação aos direitos humanos, os direitos da personalidade também se identificam, mas sem serem sinônimos, pois os primeiros são tratados em documentos internacionais, através de proteção em âmbito internacional, enquanto que os segundos no ordenamento interno, sendo sua proteção construída por cada país (ZANINI, 2011, p. 62).

Novamente com relação aos idosos, “o direito a vida não se limita apenas a longevidade, mas, sobretudo, implica na vida com qualidade, dignidade, saúde, proteção e respeito” (SOUZA, 2013, p. 374).

2.4 Ponderabilidade e Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em face a possíveis confrontos entre princípios houve a necessidade de tanto a jurisprudência quanto a doutrina estabelecerem limites aos direitos de personalidade, ou seja, se dois princípios entram em confronto um dos princípios terá uma precedência em face do outro¹⁰¹, o que não significa “contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2008, p. 93).

Estes limites foram conferidos ao juiz através da ponderação de bens e interesses postos em litígio, pois temos aqui, diferentemente das regras, uma “dimensão de peso” (ALEXY, 2008, p. 94).

Aqui nenhum dos princípios será totalmente desprezado, haverá uma análise do caso concreto e a consequente prevalência de um deles (ALEXY, 2008, p. 95).

¹⁰¹ Nestes casos de confronto é incabível a solução da antinomia pelos critérios da hierarquia, cronologia e/ou especialização, pois sendo os direitos fundamentais frequentemente analisados sob a forma de princípios, e por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica entre estas normas constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da lei de Imprensa. In: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 779.

A Ministra Carmem Lúcia, em certa ocasião, e ao proferir sua decisão considerou esta “ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado.”¹⁰²

Ávila (2005, p. 94-95) ensina que a ponderação seria o critério de se estabelecer pesos a bens jurídicos, sendo mais amplo do que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade, de origem alemã, detém três máximas parciais na análise do caso concreto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (POMIN; BUENO; FRACALOSSO, 2012, p. 103).

O grande problema é qual critério deve ser adotado ao aplicar a proporcionalidade nos casos de colisão entre dois direitos fundamentais. A resposta cabe ao Poder Judiciário.

Para Barroso (2012, p. 779), cabe ao intérprete da lei verificar os valores em conflito e decidir qual deles deverá prevalecer, somente assim ele irá “exercer sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas”.

Em suma, a técnica da ponderação a ser aplicada nos casos de confronto entre princípios deve estar no plano da eficácia com relação a seus valores e, assim, não excluir nenhum dos valores conflitantes, mas sim dar preferência àquele considerado mais essencial ao caso concreto.

Dentro deste contexto é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência defendem o entendimento de que, em linhas gerais, não pode existir restrição desproporcional a direitos considerados fundamentais e que afetem seu núcleo, mas a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto, motivo pelo qual poderá sim ser sacrificado em face a outros valores individuais e/ou sociais (BARROSO, 2010, p. 15).

Na existência de confronto entre dignidades, há a necessidade de se estabelecer uma hierarquização ou uma ponderação, como por exemplo nas prisões superlotadas, onde há colisão entre a proteção das pessoas/sociedade e a dignidade do condenado.

Diante disso, Sarlet (2009, p. 143) entende que referido princípio pode ser relativizado nos casos em que haja conflito entre os valores de dignidade e vida, é o que ocorre com a eutanásia. Tanto a realidade da vida como da dignidade podem se deparar com situações que possibilitem estabelecer limites.

Esta eventual relativização é pautada na igualdade de respeito e consideração a todos como pessoa, por isso que “a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra” (FREIRE;

¹⁰² STF. Voto proferido no julgamento da ADI 3510/DF.

RAMPAZZO, 2009, p. 602), pois ao sistema jurídico é primordial trabalhar não apenas com regras e sim também com valores.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo é possível afirmar de maneira bastante categórica que o idoso faz jus a maior efetivação possível dos seus direitos fundamentais, primeiro por sua composição enquanto ser humano de maior grandeza que és, afinal durante toda vida trabalhou, cuidou da família, trouxe sustento para o ambiente familiar, aconselhou enfim, fez muito por muitas pessoas, sendo que no momento em que a velhice se aproxima nada mais justo que lhe ser possibilitada uma vida digna. Nesta seara torna-se imprescindível a concretização do valor essencial que a Constituição de 1988 trouxe em favor do ser humano: a dignidade.

Necessário ainda salientar que os direitos da personalidade não podem por certo ser mitigados em face destas pessoas, pois tais direitos compreendem um núcleo central de valores a necessários para a completa e eficaz concretização da dignidade da pessoa humana em favor deste grupo vulnerável de tanta magnitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, P. de J. L. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, L. A. D. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

AVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da lei de Imprensa. *In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ -

- Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2014.
- BITTAR, C. A.. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORGES, R. C. B. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPOS SILVA, N. T. R.; DOMINGO, C. O. A velhice digna e os direitos da personalidade. *In*: SIQUEIRA, D. P.; KAZMIERCZAK, L. F. (Orgs). **Estudos contemporâneos de Direitos Humanos**. Birigui: Boreal, 2013.
- CANTALI, F. B. **Direitos da Personalidade**: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CANALI FILHO, A. **Longevidade e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Edição do Autor, 2011.
- CARVALHO, J. R.; SILVA, B. M. da. O Princípio da dignidade humana e o direito à inclusão social. *In*: SIQUEIRA, D. P.; AMARAL, S. T. (Orgs). **Direitos Humanos**: um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DE CUPIS, A. **Os Direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- FACHIN, Z. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FREIRE, D. L.; RAMPAZZO, A. M. Direito à vida e à dignidade de vida. *In*: **Revista Jurídica Cesumar Mestrado** – v. 9, n. 2, jul/dez 2009, Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2009.
- JUNG, C. G. **O eu e o inconsciente**: Dois Escritos Sobre Psicologia Analítica. Trad. Dora Ferreira da Silva. 22 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1991.
- MENEZES, J. B. de; GONÇALVES, C. F. O. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. *In*: **Revista Jurídica Cesumar Mestrado** – v. 12, n. 1, jan/jun 2012, Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2012.
- MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999.
- MOTTA, I. D. da; CAVALLINI, V. C. R. O conceito de personalidade no âmbito dos Direitos da Personalidade. *In*: **Revista Jurídica Cesumar Mestrado** – v. 9, n. 2, jul/dez 2009, Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2009.
- POMIN, A. V. C.; BUENO, J. B. D.; FRACALOSSO, W. **Teoria Geral dos Direitos da Personalidade**. Maringá: Vivens, 2012.
- REALE, M. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUIZ, I. A.; SENGIK, K. B. A tutela dos Direitos da Personalidade dos idosos mediante implementação de políticas públicas, como forma de acesso à justiça. *In*: SIQUEIRA, D. P.;

CAMPOS SILVA, N. T. R. **Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva.** Birigui: Boreal, 2013.

SANTIN, J. R. A dignidade da pessoa humana e os direitos sociais do idoso no Brasil. *In:* SANTIN, J. R.; VIEIRA, P. S., TOURINHO FILHO, H. **Envelhecimento Humano: saúde e dignidade.** Passo Fundo: UPF, 2005.

SANTOS, L. C. dos. Políticas públicas: o princípio da igualdade jurídica como suporte na adoção de ações afirmativas. *In:* MENEZES, A. M. F.; CAMPOS, M. de F. H.; CAVALCANTI, V. R. S. (Orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento regional: Múltiplos olhares.** Salvador: EDUNEB, 2010.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. 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.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, E. L.; ZENI, A. S. V. Algumas considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In:* **Revista Jurídica Cesumar Mestrado** – v. 9, n. 1, jan/jun 2009, Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2009.

SIMÕES, C. **Teoria & Crítica dos Direitos Sociais: O Estado Social e o Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA, J. F. F. de. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais do idoso: Abordagem Brasileira. *In:* SIQUEIRA, D. P.; CAMPOS SILVA, N. T. R. **Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva.** Birigui: Boreal, 2013.

SIQUEIRA, D. P.; GOTTEMS, C. J. (Org.) **Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira.** Birigui: Boreal, 2008.

_____; PICCIRILO, M. B. (Org.). **Inclusão social e direitos fundamentais.** Birigui: Boreal, 2009.

_____; ALVES, F. de B. (Orgs.). **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos.** Birigui: Boreal, 2011.

_____; CAMPOS SILVA, N. T. R. **Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva.** Birigui: Boreal, 2013.

_____. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação.** Birigui: Boreal, 2013.

SZANIAWSKI, E. **Direitos da Personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev. , atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, G. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In:* **Temas de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANINI, L. E. de A. **Direitos da Personalidade: aspectos essenciais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO TRANSNACIONAL¹⁰³

Maurizio Oliviero¹⁰⁴
Paulo Márcio Cruz¹⁰⁵

INTRODUÇÃO

A análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível o qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar. Tal exigência metodológica e axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público seja do direito privado. (FRIEDMAN, 1996, p. 65).

Durante toda a fase seguinte à Paz da Westfalia¹⁰⁶ (ou seja, durante as duas fases da modernidade) o direito foi progressivamente visto como um aparato tipicamente estatal, fruto exclusivo do monopólio da força sobre a qual a soberania encontrava fundamento. Na medida em que a *ratio* do direito consistia em “projetar” os comportamentos dos consorciados, era evidente o papel fundamental que isto representava enquanto instrumento de governo de um modelo (quase sempre constitucionalizado) de “vida social” no qual as relações interindividuais não podiam prescindir das fronteiras do Estado. (MATTEI; LUCARELLI; MARCOU, 2009)

A produção jurídica, em tempo de globalização, parece transtornar esse paradigma

¹⁰³ O presente trabalho é fruto das reflexões e debates efetuados pelos professores doutores Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero durante a estada do segundo na UNIVALI, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado e Doutorado, como Professor Estrangeiro Visitante, com bolsa CAPES, de março de 2011 a setembro de 2012.

¹⁰⁴ Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heidelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus por Itália. (oliviero@unipg.it).

¹⁰⁵ Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br).

¹⁰⁶ A paz da Westfalia veio para acabar com as guerras religiosas na Europa e para estabelecer um mapa com fronteiras fixas. A partir deste evento, a posição jurídica dos habitantes da Europa e sua relação com os poderes públicos estaria determinada por sua vinculação a unidades políticas territoriais, submetidas, cada uma delas, a um poder único e absoluto. A concepção da comunidade política como uma comunidade definida territorialmente e submetida, exclusivamente, ao poder real estabelecido em seu território se converteu, definitivamente, a partir de 1648, no eixo da nova organização política da Europa e, posteriormente, de quase todas as partes do planeta.

propondo um esquema relacional inédito, baseado na centralidade do indivíduo como entidade "libertada" das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade.

Todavia, mais do que falar de "superação" do direito estatal, prefere-se falar de sua "transformação" que encontra explicação na hegemonia exercida, sobretudo pelo fator econômico no âmbito do raciocínio jurídico. Há, sem dúvidas, novos tipos de poder transnacionais que não são limitados por qualquer tipo de direito com um mínimo de eficácia. (MATTEI, 2010)

Atualmente é quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração. Isso acontece, também, porque, as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se sempre mais circunscritas à constante cessão de soberania à "comunidade inter (ou trans) nacional", principalmente através de instituições como o Fundo Monetário Internacional, a ONU e suas agências e mesmo as grandes corporações transnacionais privadas que antes eram denominadas multinacionais, que torna algumas opções políticas impraticáveis, a não ser forçando as barreiras de uma espécie de "estado de necessidade econômica" produzido pela influência irresistível desses grandes grupos econômicos de significância mundial transnacional que, como sabemos, são muito mais poderosos que muitos Estados e capazes de modificar as características estruturais das próprias democracias contemporâneas. Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento. (BARCELONA, 2006)

Não é irrelevante o fato de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estados, visto que 53 empresas multi – ou trans - nacionais têm faturamento mais significativo do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo (MATTEI; NADER, 2010). Tomados em conjunto, todos estes sujeitos – as empresas multi – ou trans - nacionais exercem um evidente papel de produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que estes não sejam verdadeiros legisladores. A esses exemplos de direito imposto ou "heterodirigido" em determinados setores pode-se incluir muitos outros, menos formais, mas mais sutis e, talvez, até mesmo mais persuasivos.

À medida que tais processos se estabelecem, tendem a assumir progressivamente

uma dimensão “cultural” e os conceitos jurídicos acabam tendo seus traços modificados. Na ausência de uma autoridade central legitimada a exercer o poder jurídico, serão os juízes a adequar o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais às novas referências normativas providas “do externo”. A linguagem normativa muda as próprias “condições de aplicação”. A prática aplicativa, sob este aspecto, representa algo bem diferente de um simples conjunto de “fatos jurídicos” (as decisões do órgão da aplicação), uma vez que a ela está imanente uma intenção, um projeto, bem como uma auto-representação que desenvolve a “narrativa” da época atual, com suas ideologias e seus instrumentos retóricos.

Cada prática persegue um resultado: a noção de “direito”, exatamente como a noção de “desenvolvimento”, vem submetida a uma análise crítica que visa a desmentir a sua “aparente neutralidade” e a recolocar a atenção na direção seguida pelas transformações ocorridas no panorama jurídico.

Nesse contexto, a produção normativa modifica os seus caracteres históricos e assume dois traços exteriores: a ausência de um “vínculo territorial estável”, por um lado, e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência, por outro.

No que diz respeito, sobretudo ao primeiro perfil, os atributos da transnacionalidade das instituições jurídicas sugerem a ideia de que tenha ocorrido uma superação da tradicional “medida territorial” do poder normativo (ou seja, o Estado Constitucional), mas que, ao mesmo tempo, não entrou em cena outra do tipo “fixo”, considerando a inclinação “aberta” e “progressiva” da maior parte dos processos de transformação.

Os aspectos Jurídicos aos quais se dá ênfase predominante nesse processo de transformação são aqueles relacionados ao contencioso judiciário: através da análise das decisões dos principais tribunais nacionais, do Tribunal de Justiça Europeu e dos tribunais ligados aos organismos supranacionais, pode-se perceber o estabelecimento gradual de uma nova ordem das relações sociais. Esse processo se baseia em duas tendências jurídicas bem precisas: por um lado, a adaptação interpretativa à leitura dos direitos fundamentais dada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e seguida, sem mais resistências, pelos tribunais nacionais (sobretudo na Europa). Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países (*lex alii loci*) para interpretar o direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado

na ausência ou em substituição às regras do Estado.

Esse novo paradigma jurídico¹⁰⁷ permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”.¹⁰⁸ É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. (MOTACCI, 2010) A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos. Caso se deixe de pensar o direito segundo o esquema formal no qual foi representado a partir da época moderna e, ao contrário, examine-se o seu conteúdo com uma abordagem pragmática, ficará evidente que é no nível global que “a partida constituinte” é jogada. É para além dos limites do Estado que devem ser procuradas as “práticas comuns” que possam definir a nova esfera pública capaz de contrastar o tecnicismo da governança fundada na integração mercantil.

É justamente a partir desses pressupostos que o estudioso do direito deve, hodiernamente, realizar as suas investigações, a fim de sair de um formalismo dificilmente justificável hoje em dia. Deve indagar os “fatores” e não apenas os “fatos” do mundo jurídico. Neste sentido, a lógica dialética vem sendo considerada como o instrumento mais idôneo a dar respostas sobre a evolução histórica dos sistemas jurídicos e a identificar tendências dominantes que caracterizarão os seus aspectos futuros. Dessas premissas, desencadeia-se um quadro realmente complexo da juridicidade global em que a ignorância fundamental torna, hoje, completamente impotente a grande maioria dos juristas nacionais, que deveriam, ao invés disso, ser as vestais da legalidade.

Mas como definir este novo campo de investigação? Alguns autores, não só em tempos recentes, utilizam a expressão “Direito Transnacional” aportando colaborações teóricas para defini-la e caracterizá-la sem, no entanto, terem chegado a uma completa elaboração.

O objetivo do presente artigo é, também, colaborar para que se possam construir

¹⁰⁷ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio & BODNAR, Zenildo . **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

¹⁰⁸ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias** - (Barcelona - Revista de Derecho - España. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. .1-, 2008.

respostas para o que significa e por que é importante, hoje, investigar, teorizar e debater o Direito Transnacional.

2 Reflexões sobre o tema

Partindo-se, portanto, das premissas acima declinadas e da hipótese de que as profundas mudanças ocorridas com a globalização solaparam de maneira irreversível as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania, o que se objetiva é contribuir com reflexões iniciais destinadas ao necessário debate para a formação da base conceitual e de caracterização para a categoria Direito Transnacional.¹⁰⁹

Para que se abra o debate sobre essa categoria, é fundamental considerar que a liberalização do mercado mundial, como escreve Habermas, progrediu muito. A mobilidade do capital acelerou e o sistema industrial foi modificado, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da “flexibilidade pós-fordista”. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos estados constitucionais modernos. (HABERMAS, 2001, p. 99)

É imperioso reconhecer o surgimento de fenômenos que alteram a compreensão tradicional e corrente das categorias modernas do Direito.

Essas alterações permitem projetar mudanças que, embora careçam de sustentação empírica, defluem de um consenso mínimo axiológico gerador de novos modelos.

Um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar esse termo foi Philip Jessup em sua obra denominada **Transnational Law** (JESSUP, 1965, p. 12), em 1965, na Universidade de Yale. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, esse autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.¹¹⁰ Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que

¹⁰⁹ Trata-se também de um esforço teórico desenvolvido na construção das bases epistemológicas que estão sendo adotadas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali (www.univali.br/ppcj), tanto em sua área de concentração, denominada CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO, quanto em uma de suas linhas de pesquisa intitulada ESTADO E TRANSNACIONALIDADE.

¹¹⁰ Para Jessup o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

transcendessem fronteiras nacionais. (JESSUP, 1965, p. 12)

Jessup estava preocupado, na época, em não polemizar e evitava fazer afirmações que ensejassem discussões acadêmicas sobre a utilização do termo Direito Transnacional. Para evitar os longos debates, ele reduziu a noção dessa categoria como sendo apenas uma fonte mais abundante de normas com que se guiariam para além das fronteiras nacionais.

A proposta de Jessup gerou grande repercussão na academia norte-americana. Ainda hoje se encontram programas de estudos e publicações especializadas que empregam o termo “Transnational Law”, no sentido abrangente por ele concebido, como, por exemplo, o **Columbia Journal of Transnational Law**. Merece também registro, a terminologia, que identifica o Direito Transnacional à nova *lex mercatoria*, a regulação privada das transações internacionais por modelos contratuais e práticas comerciais consolidadas. (STRENGER, 1996)

A citação de Jessup serve mais como ponto de inflexão, pois o que ele estava captando, na época, era o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno. Essa proposição, até mesmo pelo contexto histórico em que foi formulada, é insuficiente para a discussão que se pretende empreender sobre o Direito Transnacional. Ao contrário do que pensava Jessup, nas primeiras décadas do Século XXI será fundamental o debate sobre o tema.

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes.

Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno.

É também o fenecimento do conceito clássico da categoria Nação, na linha adotada por Ernest Gelner (1997, p. 62), em sua obra **Naciones y Nacionalismos**. É uma crise da denominada Nação Jurídica, formada a partir da Nação Cultural e da Nação Política, como tratada por Gelner em sua obra.

O debate sobre o Direito Transnacional justifica-se, então, principalmente no fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas

suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

O que nos autoriza a estimular o debate sobre o Direito Transnacional é a necessidade da existência de espaços públicos transnacionais, ou seja, da criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais.

Com base nos elementos de discussão política sobre a necessidade de se ter o Direito Transnacional como instrumento de limitação dos poderes transnacionais, é possível se especular que serão intensificados os processos de abdicação das competências soberanas dos estados constitucionais modernos.

O Direito Transnacional só fará sentido caso possa ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além de capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes.

A atuação dos órgãos e organismos transnacionais se daria em âmbitos difusos transnacionais, como na questão ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros, a exemplo dos instrumentos de atualmente existentes, como anteriormente mencionados.

Esse “mundo novo” criado pela transnacionalização das relações de poder, impulsionado por organizações transnacionais privadas, sugere ainda que haja a Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária. Desde o colapso da União Soviética, observou-se um importante processo gradativo de adoção de democracias liberais capitalistas em quase todas as partes do mundo. Mesmo a chamada Primavera Árabe pode ser inserida neste movimento.¹¹¹

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente do Direito Internacional.

Esses elementos de discussão sugerem que a utilização do prefixo *trans* indique que o Direito Transnacional estaria destinado a perpassar vários estados/territórios. Denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, principalmente na limitação

¹¹¹ Sobre o isso se recomenda a leitura de OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

e “republicanização”¹¹² dos novos poderes deles surgidos.

Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.

Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais. É como Ulrich Beck manifesta-se, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço “*transpassante*”, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas. (BECK, 2001, p. 100)

Desde esse ponto de vista, Arnaldo Miglino, em artigo denominado **Una Comunità Mondiale Per la Tutela Dell’Ambiente** (MIGLINO, 2007), afirma que existe um problema que provavelmente levará á criação de centros de poder transnacional que superem a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais: o problema ecológico. Segundo ele, basta recordar como a emissão de gases estufa (dióxido de carbono, óxido nitroso, metano, perfluorcarbonetos, hidrofluorcarbonetos, hexafluoreto de enxofre) favoreceu o aquecimento climático, para compreender como é urgente salvar o equilíbrio ambiental.

Já o adjetivo “nacional” indica a existência de uma coletividade, que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado. O conceito de Nação como elemento formador do Estado consolidou-se na obra de Emmanuel Joseph Sieyès e na sua teoria do Poder Constituinte. (SIEYÈS, 1986)

Os novos poderes transnacionais, presentes na nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre o Direito Transnacional, que viabilize a democratização das relações entre estados fundada na cooperação e solidariedade com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais, como já referidos anteriormente. Nesse sentido Tomas Villasante (2003, p. 63) sugere que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo para sua transnacionalização.

¹¹² Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano - About the republican principle** - (Barcelona - Revisa de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

O Direito Transnacional poderá ver o outro não como oposto exclusivo e excludente, mas como elemento integrante da sua própria realidade. A “diferença” deixa de ser vista como algo destrutivo ou ruim, passando a ser vista como algo complementar, que define o universo em que nos encontramos. (BECK, 2001, p. 100)

A dimensão humana continuaria sendo relevante, não apenas como um vínculo que se estabeleceria com determinado Estado ou pela relação de sujeição ao poder estatal. O Direito Transnacional, por suas características axiológicas, existiria numa perspectiva ampliada, inclusiva e solidária que não vê o cidadão como mero depositário de uma pseudosoberania.

O Direito Transnacional, que seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre eles. Está para todos eles ao mesmo tempo, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.

A “desterritorialização” das discussões sobre o Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacional descentrado, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado. Estão presentes em muitos lugares. (IANNI, 1995, p. 23) Não obstante, nessas nossas reflexões, como já foi acima exposto, preferimos utilizar expressão “Direito Transnacional” num sentido mais restrito do que o empregado por Jessup, sem englobar outras formas de regulação além-fronteiras, como o Direito Internacional Público, e mais abrangente do que a *lex mercatoria*, vinculando-se a novos espaços de regulação que surgiriam com o Direito Transnacional.

Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas, – de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos, – o Direito Transnacional tenderia a agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.¹¹³

O ordenamento jurídico transnacional tenderia a aparecer como um conjunto ou

¹¹³ Sobre este tema sugere-se a leitura de: CANARIS, Wilhelm – Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 e FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.

Considerando-se que toda organização jurídica supõe um ordenamento ou conjunto de normas coordenadas, que tornam possível sua própria existência e funcionamento, o ordenamento jurídico transnacional dificilmente não acompanharia essa lógica. O ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, capazes de limitar os novos poderes transnacionais, em espaços de governança regulatória e de intervenção até agora inexistentes.

Estas linhas comuns derivariam da mesma necessidade de tratar de temas transnacionais impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacionais

Assim sendo e considerando-se os tipos de poderes atualmente existentes nesses espaços transnacionais, seriam possíveis características de um Direito Transnacional:

a) Quanto ao seu *conteúdo*, o ordenamento jurídico transnacional seria a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas.¹¹⁴ Com isto pode-se teorizar que este ordenamento tenderia a refletir a vontade política de uma comunidade quanto a seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à sua organização. Estas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda (como a questão ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade) e sobre a distribuição do poder social e político. O ordenamento jurídico transnacional tenderia a um reflexo da realidade material obtida através das decisões políticas dos estados e suas respectivas nações jurídicas. É esta realidade que torna possível falar em ordenamento jurídico transnacional ou Direito Transnacional;

b) Quanto à sua *forma*, a unidade do ordenamento jurídico transnacional provavelmente se traduzirá num sistema ordenado de produção de normas jurídicas. Estas seriam formal e materialmente válidas à medida que fossem geradas ou produzidas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no respectivo espaço público transnacional. Como consequência, o ordenamento jurídico transnacional se configuraria de forma escalonada.

Na prática, é bem provável que a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependerá de sua vinculação – formal e material – à existência de organização de governança transnacional, que definiria tanto os valores e decisões básicas do ordenamento como o

¹¹⁴ Sobre isso ver a obra CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003. P. 181 e seguintes.

sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso.

O Direito Transnacional seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos.

O que foi articulado até aqui nos remete necessariamente, à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, que permitiu o surgimento desse “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço que perpassa o nacional e o local, para usar expressão próxima à utilizada por Ulrich Beck (2005, p. 97). Isso pode ser percebido na relação dos estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da perseguição de uma pauta axiológica, que transita desde a questão ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos.

Autores contemporâneos como Jean-Marie Guéhenno (1995, p. 97), vislumbram o advento da era global como o fenecimento do Estado Constitucional Moderno e, com ele, a insuficiência da democracia representativa e de boa parte da construção teórica sobre o Estado e o Direito da modernidade. Já não existem grandes decisões das quais possam derivar pequenas decisões, nem fronteiras das quais emanem regulamentos específicos. Assim como as comunidades não estão mais “contidas” na região, a própria região não está mais abarcada pelo estado. A crise do poder determinado espacialmente encontra, desse modo, sua expressão na busca por decisões. As decisões já não são mais tomadas de forma linear, no sentido de que cada corporação possui uma competência bem definida, mas sim se decompõem em diferentes fragmentos, e o tradicional debate político e as disputas sobre princípios e diretrizes, ideologias ou o ordenamento social pulverizam-se. Isso é o fiel reflexo da fragmentação do processo de decisão, com a sua progressiva “desterritorialização” e “desestatização”.

Também é válido sugerir que o Direito Transnacional coabitará com o Direito Nacional - e não negaria a sua existência – e assim poderá libertar-se da armadilha territorial e da soberania moderna. Essa nova percepção transformaria a norma e a organização do Direito Transnacional na chave de uma redefinição e revitalização do político, não apenas como Estado, mas também enquanto Sociedade Civil.

A existência de um Direito Transnacional, portanto, permitiria o compartilhamento solidário de responsabilidades para a garantia, principalmente, da questão ambiental. As

intensas mudanças que redundaram na atual sociedade de risco exigem também novas estratégias em todos os âmbitos do conhecimento humano, entre eles as ciências política e jurídica.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está claro que as complexas demandas da realidade transnacional não estão sendo adequadamente atendidas pelas instituições nacionais e internacionais, fato este que potencializa situações de riscos e ameaças a bens transnacionais fundamentais.

Neste contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas envolvendo as pessoas, instituições e estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena, duradoura e, portanto, sustentável, no planeta. (BODNAR; CRUZ, 2011, p. 272)

É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido. Uma espécie de “republicanização da globalização”, como já citado anteriormente. (CRUZ, 2008, p. 1-10)

Certamente que não se está pensando que será fácil tratar de um assunto com essa complexidade e capacidade de gerar polêmica. O que não se pode é continuar por mais tempo nesta “racionalidade irracional” na qual está mergulhado o mundo de hoje. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar novos espaços públicos que possam ser aplicados além fronteiras e que incluam o local, o regional e o mundial. Espaços públicos que sejam sensíveis ao ser humano e propensos a dotar todas as pessoas de um mínimo de bem-estar e dignidade.¹¹⁵

Tem-se a sensação de que se está saindo deste ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a essa condição sem precedentes e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política atual.

¹¹⁵ Sobre isso ver BODENAR, Zenildo & CRUZ, Paulo Márcio. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade** (CITAR O ARTIGO PUBLICADO NA RECHTD), quinta página do artigo.

A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. Como escreve Michel Bachelet (1995, p. 68), a menos que a sociedade mundial aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados das doenças ligadas à desnutrição e dos jogos da economia mundial. Ou de uma “irresponsabilidade organizada”, expressão utilizada por Ulrich Beck.

A produção capitalista globalizada tornou-se fragmentada em número incalculável de fases e em constante mudança, descentralizadas e dispersas ao redor do planeta. Por outro lado, os segmentos distintos são funcionalmente integrados em amplas correntes de produção, distribuição e consumo. Cada economia nacional autônoma está sendo reestruturada e integrada externamente para que seja uma parte constituinte do sistema de produção global.

Nota-se, portanto, que o capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes, que se estendem pelo globo. O capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e o nacional não podem competir com ele.

Logo, é evidente que há uma nova configuração de poder transnacional, e é nesse contexto que deve emergir o Direito transnacional, como solicitação e necessidade dessa nova época.

O capital transnacional exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado e através da transformação das organizações internacionais existentes, tais como as antigas instituições de Bretton Woods ou as agências do sistema das nações Unidas e utiliza também instituições mais recentes, como a Organização Mundial do Comércio. O capital transnacional passou, então, a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, em cada estado, em influência política direta através do aparato capitalista transnacional.¹¹⁶

Em contrapartida, os estados respondem às demandas do capital transnacional, mas não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras. O Estado não consegue regular o sistema de acumulação capitalista, e, assim, não cumpre suas funções sociais. Desta forma, não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela

¹¹⁶ O Fundo Monetário Internacional – FMI, por exemplo, quando impõe programas de ajuste estrutural que abrem um dado país para a entrada do capital transnacional, o que implica subordinação da força local de trabalho e na exploração de riquezas pelo capitalismo transnacional, está operando como instituição transnacional.

sociedade de risco global. A crise econômica que derrete empregos por todo planeta é prova disso.¹¹⁷

Por essas questões econômicas, o Direito transnacional estaria por entre as soberanias e com fontes normativas originadas além das fronteiras nacionais, regulando efetivamente os atuais contextos transnacionais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade.

A emergência de novas estratégias globais de governança transnacionais, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, poderá ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, defesa e melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios.

Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimento do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

REFERÊNCIAS

BACHELET, Michel. Ingerência Ecológica: **Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARCELLONA, Pietro, **Il declino dello Stato**. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Dédalo: 2006.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005.

_____. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

_____. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización**. Tradução de Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

¹¹⁷ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), v. 1, p. 1-23, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. CRUZ, Paulo Márcio ; FERRER, G. R. . **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias** - (Barcelona - Revista de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. .1-., 2008.

_____; CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano** - About the republican principle - (Barcelona - Revista de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

_____; BODNAR, Zenildo . **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del mas débil**. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.

FRIEDMAN, Lawrence M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. **Stanford Journal of International Law**, v. 32, 1996.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: La crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

GELNER, Ernest. **Naciones y nacionalismos**. Madrid: Alianza, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. Globalização e tributação da renda mundial. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 75-90, mar./abr. 2003.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

MATTEI, Ugo; LUCARELLI, Alberto, MARCOU, Gérard. **Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione**. Roma: Deastore, 2009.

_____. **La legge del più forte**. San Casciano: Libro Co, 2010.

_____; NADER, Laura. **Il saccheggio**. Regime di legalità e trasformazioni globali. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

MIGLINO, Arnaldo. **Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente**. Revista *Archivio Giuridico*, v. CCXXVII – Fascicolo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Torino: CEDAM, 2010.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

PASTOR VERDÚ, Jaime; DE BLAS GUERRERO, Andrés. **Fundamentos de ciência política**. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distância, 1997.

REAL FERRER, Gabriel. **La construcción del Derecho Ambiental**. In: Revista *Aranzadi de Derecho Ambiental*. Pamplona: Espanha, n. 1, 2002. p. 73-93. Disponível em: <http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf>, p. 25. Acesso em: 20 jan. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. A escala do despotismo. **Revista Visão**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e *lex mercatoria***. São Paulo: LTr,

1996.

VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas**. Madrid: HOAC, 2003.

Verdades e motivações ideológicas no julgamento ¹¹⁸

Alender Max de Souza Moraes ¹¹⁹
Rogério Turella ¹²⁰

1 INTRODUÇÃO

A garantia de acesso à justiça deve estar vinculada a uma resposta eficaz para pretensão do cidadão. Com escopo na eficácia desse acesso, compete ao juiz buscar a verdade com fim de atingir o justo, porém, o Direito no geral e o processo em especial estão impregnados por ideologias provenientes de um grupo social que detêm a hegemonia econômica e política, por meio dos quais satisfaz seus objetivos e interesses. A partir da visão adotada pelo juiz, sua postura pode revelar essa ideologia subjacente ao modelo tradicional do direito, a partir de seu poder criativo e por meio de uma motivação totalizadora, elaborar um direito alternativo mais igualitário do que o atual.

2 VERDADES NO JULGAMENTO

“quod non est in actis non est in mundo.”

No decorrer dos anos, o processo vem sofrendo constantes alterações, tanto em seu procedimento quanto em sua efetividade, de modo a propiciar ao cidadão um acesso à justiça condizente com o texto constitucional, pautado em uma resposta rápida e justa. Porém, na maioria das decisões judiciais, o julgamento da lide ainda encontra barreiras no positivismo jurídico, no momento em que o juiz aplica única e exclusivamente a lei.

Nesse sentido, na busca pela verdade o juiz volta os olhos à letra fria da lei, ao julgar nos termos dos autos, ou seja, “*o que não está nos autos não está no mundo*”, e na procura de uma solução célere e até mesmo formalista, as decisões judiciais tem sido alvo de crítica, uma vez que a verdade do juiz, nem sempre condiz com a realidade dos fatos.

¹¹⁸ Trabalho apresentado com o fim de ser um instrumento avaliativo da disciplina História, Processo e Ideologia do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

¹¹⁹ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense-UNIPAR, Umuarama-PR, e Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD, Dourados-MS, Procurador Jurídico da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Consultor, Contadista e Palestrante da Escola de Governo do Estado de Mato Grosso do Sul - ESCOLAGOV.

¹²⁰ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense-UNIPAR, Umuarama-PR; Especialista em Direitos Constitucional pelo Centro Universitário de Dourados - UNIGRAN; Assessor Jurídico, Professor na Graduação e Pós-graduação Lato Sensu na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul-UEMS.

O juiz ao se deparar com o processo assume com o Estado e com a sociedade o compromisso de dar uma resposta as partes, pois, a decisão do juiz não envolve somente autor e réu no processo e sim a todos, e uma decisão formada por convicções próprias, individuais e com base nos termos da lei, pode levar o juiz a decidir por uma verdade às vezes incoerente e inadequada.

As regras não podem ser obstáculos para afastar o juiz da verdade real. Pelo contrário, é indispensável criarem-se condições propícias à re-construção dos fatos com vistas a um julgamento mais próximo possível da verdade e com gozo pleno de seus resultados. (PORTANOVA, 2003, p. 119).

Isso revela que, o juiz ao estabelecer critérios de julgamento que lhe afastam da regra, mas o direcionam a verdade real, é e sempre foi possível no nosso ordenamento jurídico, pois ao operador do direito cabe a responsabilidade de buscar a todo instante, os valores que a lei visa, pois o juiz não pode se apegar incondicionalmente ao texto da lei, devendo levar em conta no seu julgamento o caso concreto. (COELHO, 1981, p. 156).

A verdade para muitos pode ser esclarecida por uma análise simples de determinados fatos, aonde por meio do convencimento das pessoas as conduz a uma possível verdade, mas chegar à verdade propriamente dita, é uma busca detalhada e continua sobre o objeto a ser analisado, assim são as decisões judiciais, que necessitam de um convencimento muito maior, capaz de ultrapassar as simples provas do processo, e a própria lei.

No julgamento, ao juiz é atribuída toda a esperança das partes, sabem elas que o seu pedido será analisado, e a decisão do juiz lhes será favorável, tanto para o autor que entende que seus direitos foram violados, ou para o réu que argumenta que não houve violação de direitos, submetido a quem tem a razão, o juiz prepara sua convicção e busca na análise dos fatos quem está com a verdade.

Às vezes a verdade do autor não é a verdade dos fatos, nem mesmo a análise da lei aproxima o juiz dessa verdade, nesse sentido, o principal papel do juiz no momento de proferir a sentença é procurar compreender, de que forma foi motivado a encontrar um julgamento justo.

O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. (WOLKMER, 1995, p. 171).

Na busca de uma forma jurídica adequada para proferir a sentença, o magistrado não pode se basear somente no direito, e sim ter como base os fenômenos econômicos, políticos e

principalmente sociais, que permitem uma análise ampla da real situação dos fatos, possibilitando para as partes envolvidas no processo uma resposta jurisdicional socialmente eficaz.

Julgar nunca foi e não será um a tarefa fácil, e é nesse sentido que as verdades no julgamento às vezes não são justas, pois, os limites estabelecidos pela ciência jurídica por si só, não são suficientes para aplicar o direito da forma adequada, assim, a tarefa do juiz é a de descobrir no direito, não na lei e sim na realidade social, que o valor do direito está sem dúvida no valor do justo. (PORTANOVA, 2003, p. 135).

A realidade social deve estar ligada ao direito, só assim, visualizamos uma reposta condizente com a justiça social, essa é a visão do juiz moderno e atuante, que busca por todas as formas o verdadeiro significado de justiça, apropria-se do processo, foge da dogmática jurídica e utiliza de uma ideologia democrática, enraizada no Estado Democrático de Direito, com uma finalidade única, ou seja, a de chegar a uma decisão justa por meio de valores e regras adequadas.

Em suma, o dever de fundamentação das decisões judiciais, faz com que o juiz atue de modo a garantir ao cidadão uma tutela efetiva e justa, no momento em que preserva a segurança jurídica e utiliza de sua capacidade racional, para fundamentar suas decisões processuais. (PORTANOVA, 2003, p. 76)

Essa ideologia democrática está nas mãos do Poder Judiciário, que tem a responsabilidade jurisdicional de garantir ao cidadão a busca pelo bem-comum, essa garantia está evidente nas decisões do Poder Judiciário, por meio dos juízes, aos quais tem a atribuição de efetivar essa garantia. Assim, “é preciso ter em mente que somente a consciência da ideologia pode levar à consciência do papel social do direito e de seus operadores.” (COELHO, 2003, p. 502).

A consciência pela busca da verdade faz com que os operadores do direito manifestem-se no sentido do bem comum, no sentido que o Estado Democrático de Direito visa, que é pacificar os conflitos gerados na sociedade, e procurar por meio do Poder Judiciário uma solução mais apropriada.

Por outro lado, o funcionamento do estado tem suas raízes no fato de acreditarmos num bem comum distinto dos nossos interesses particulares e superior a eles, por ser ele (o Estado) representação da unidade social. Mas o idealismo faz crer que este funcionamento do Estado tem suas raízes nas expressões soberania, razões do Estado, direito e deveres dos cidadãos, etc. (PORTANOVA, 2003, p. 53 e 54).

A solução que está mais próxima da verdade é justamente a posição do jurista, em especial a do juiz, que não pode voltar suas atenções no momento de decidir na forma da lei, e sim procurar demonstrar a verdadeira resposta aos cidadãos que buscam no judiciário uma solução diante de um interesse individual e até mesmo coletivo, ou seja, um direito que a própria constituição lhe garante.

O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz. (CAPPELETTI, 1999, p. 74).

O Estado ao propiciar aos cidadãos o acesso à justiça lhe garante o pleno direito de quanto tiver um de seus direitos violados, de submeter sua pretensão ao Poder Judiciário, e essa garantia constitucional, não pode estar vinculada ao simples acesso e sim um resposta eficaz para sua pretensão.

Para garantir a eficácia de seu direito, ao juiz cabe a atribuição de buscar a verdade, ou chegar mais próximo a verdade, porem, essa busca da verdade não pode e não deve ser buscada pela simples apreciação do processo, ou pela simples análise da norma.

O juiz não tem autorização para saltar sobre as normas vigentes em sua atividade interpretativa e sim manter-se fiel às normas. Dentro dessas condições, o juiz deverá dar a solução mais justa possível ao caso. As regras jurídicas podem e devem ser julgadas por ângulos como justiça, dignidade da pessoa humana, critérios de liberdade, igualdade perante o direito, oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e bem-estar social. (COELHO, 1981, p. 155).

O juiz deve ir mais além, ultrapassar as barreiras que o separam do verdadeiro direito, da verdadeira justiça, e isso tudo somente será possível quando a justiça for realizada pela análise que convença o magistrado, a encontrar uma resposta mais justa possível. Nesse sentido, o próprio constituinte atribuiu ao magistrado no texto constitucional a necessidade de justificar os motivos os quais o levaram a uma referida decisão, ou seja, a decisão deve conter uma motivação.

Contudo, ainda que o princípio da motivação não estivesse expresso nem no texto constitucional e nem no Código de Processo Civil, é possível extraí-lo, mesmo que implicitamente, do próprio modelo político de Estado Democrático de Direito proposto na Constituição. (WAMBIER; TALAMINI, 2013, p. 71).

O próprio Estado Democrático de Direito, conduz o juiz a uma investigação jurídica, pautada em uma ideologia de sociedade, onde deve ser observado todas as questões que

envolvem a sociedade, tanto no campo político, econômico e social, a decisão judicial, deve ultrapassar os limites estabelecidos pela lei, e buscar a verdade de forma justa.

Nesse sentido, Coelho (2003, p. 553), reitera que:

A ideologia do processo, expressa nos princípios que o regem, está na base do tratamento lógico-jurídico da prova e tem a ver com uma questão fundamental da jusfilosofia: o problema da verdade jurídica.

Na busca pela forma adequada e justa no julgamento, o Estado de direito torna-se a mais importante das garantias constitucionais, principalmente no que tange ao princípio da motivação das decisões judiciais. (PORTANOVA, 2003, p. 250)

3 MOTIVAÇÕES IDEOLÓGICAS NO JULGAMENTO

“CPC - Art. 131 – O juiz [...] deverá indicar na sentença, os **motivos** que lhe formaram o convencimento. (g.n.)

O princípio da motivação também conhecido como princípio da fundamentação, tem assento no art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal e dispõe que é imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, ou seja, justificada e explicada, pela autoridade judiciária que a proferiu, a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e se possibilite a transparência da atividade judiciária e seu respectivo controle. (WANBIER e TALAMINI, 2013, p. 71)

Juridicamente, a motivação judicial estabelece ao magistrado a responsabilidade de sua vinculação ao processo, em especial as provas do processo, permitindo as partes identificar as razões utilizadas pelo juiz na sentença, de modo a viabilizar a propositura do recurso mais adequado ao caso concreto. (PORTANOVA, 2003, p. 249)

Na obra “Motivações Ideológicas da Sentença”, Rui Portanova disserta sobre desvendamento das motivações ideológicas da sentença, afirmando que é impossível ao juiz indicar no ato de julgar os motivos que lhe formaram o convencimento porque existem tantas influências que o inspira que teria dificuldade para explicar como se convenceu, sendo categórico ao afirmar que no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis.

Aponta três planos de motivações: o probatório, o pessoal e o ideológico.

O primeiro é afetado pela maneira como o juiz interpreta fatos e provas no processo, respondendo a questão se o fato foi ou não provado e quais motivos levaram o julgador a proferir a decisão. O plano de motivação pessoal é formado pelas interferências psicológicas, sociais e culturais que constituem a personalidade do juiz, sua preparação jurídica, seus

valores, sentimentos de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização. Nesse plano também se inclui as inclinações de simpatia ou antipatia pela parte, testemunha, interesse ou desinteresse por questão argumentativa levantada nos autos, rancores, ódios, paixões contidas ou não, predileções.

Com suas reflexões o autor, chama a atenção “para o fato de que os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo”, pois todo homem inclina-se a “dar significado e alcance universal é até transcendental á aquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual” (PORTANOVA, 2003, p. 16). E como isso destaca que no plano da motivação ideológica, o juiz percebe tais valores nas regras jurídicas, e essas influências pré-jurídicas “sobre significados, valores, e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) vão inspirar a decisão judicial” (PORTANOVA, 2003, p. 17).

Como fora abordado anteriormente, Coelho (2003, p. 502) tem se posicionado que:

É preciso ter em mente que somente a consciência da ideologia pode levar à consciência do papel social do direito e de seus operadores. A crítica não visa a negação do direito, nem determina o deslocamento do jurista para um lugar não-ideológico. O que se pretende é apenas o conhecimento, o mais próximo possível da verdade, do que as leis realmente são na linguagem legitimadora do poder político institucionalizado.

Portanto, não se fala da ideologia do magistrado, mas naquela difundida nos “preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras de conduta, filosofia, bom senso, tradição” (PORTANOVA, 2003, p. 17), as quais irão inspirar a decisão judicial. Ele explica que essa ideologia não é má-fé ou malícia no agir, são pautas de condutas atuando de forma imperceptível por meio de mecanismos de controles sociais substituindo “na consciência a realidade concreta por uma realidade representada” (PORTANOVA, 2003, p. 17).

Portanova compartilha a mesma visão de Coelho quando este assevera que os magistrados “[...] são os agentes que manipulam a ideologia jurídica a serviço do poder hegemônico, as mais das vezes inconscientemente” (COELHO, 2003, p. 349). Fica evidente na sua obra uma aproximação à corrente Crítica do Direito, por meio da qual denuncia a intensa carga ideológica que envolve seus institutos, ao ponto de laureá-lo de misticismo e fetiche.

Essa carga ideológica é proveniente de um sistema econômico e político onde o legislador não é imparcial, o móvel de suas ações é o interesse, o qual consagra a preservação do poder do detentor do capital, privilegiando a propriedade privada e a maximização dos lucros.

Naquele contexto, Portanova revela que a posição tradicional do direito prega, como retórica, que todos são iguais perante a lei, onde justiça é dar a cada um o que é seu. A partir de uma visão crítica compreende-se que de fato, os homens não são iguais, mas divididos em classes sociais. E nesta divisão, o “que é seu” significa: ao rico a riqueza, ao pobre a pobreza, ao desgraçado a desgraça.

A partir das lentes de Coelho o direito tradicional “[...] é então a expressão normativa da ordem social, o mais eficiente meio de controle das condutas individuais, na medida em que ocorre a interferência intersubjetiva dessas condutas.” (COELHO, 2003, p. 349)

No direito tradicional o juiz não cria o Direito, o qual já está esgotado na lei, e nem implementa políticas públicas, as quais se acham exclusivas do Poder Executivo (PORTANOVA, 2003, p. 25), sua exegese atua nos limites da ciência jurídica, alienando-se das “cogitações de ordem econômica, social, política ou ideológica” (PORTANOVA, 2003, p. 26). É bem verdade que ao juiz é admitido formular uma interpretação “larga e hábil da lei”, o que lhe permite atuar ativamente e ser participante no processo, todavia, essa participação é sempre ditada pelo sistema (PORTANOVA, 2003, p. 38), o desconcertante é que “a lei nem sempre revela o Direito. Pelo contrário, muitas vezes consagra privilégios.” (PORTANOVA, 2003, p. 68).

Aquela ditadura do sistema é lembrada por Coelho quando fala sobre a característica anti-ideológica da pesquisa jurídica:

Lembre-mo-nos inicialmente que ser anti-ideológico tem constituído uma constante da pesquisa jurídica com pretensões de cientificidade. Veja-se o exemplo de Kelsen, procurando depurar a ciência do direito de todo conteúdo ideológico, e, mais recentemente Castanheiras Neves, afirmando que o jurista é por definição o anti-ideológico por excelência. (COELHO, 1981, p. 55)

Contrapondo ao modelo tradicional, Portanova propõe um direito alternativo, por meio do qual “vê a ciência jurídica como sociovalorativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não simplificação conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas).” (PORTANOVA, 2003, p 20)

Naquela visão, tanto o interprete afasta o “entendimento unívoco” quanto o Direito não tem um único sentido; colocado pelo legislador na lei, pelo doutrinador no livro e pelo juiz na sentença (PORTANOVA, 2003, p. 79). Essa posição exige do juiz os talentos de ser cientista e artista.

“Cientista, para estar aberto na aplicação de sua cultura multidisciplinar, entende que o Direito não é um departamento isolado, razão pela qual a sentença não se pode desligar da economia, da sociologia e da política. Artista, o juiz será “cheio de poder criador com sensibilidade humana e antenas ligadas à alma do povo para sentir e traduzir suas aspirações (Herkennhoff, 1986, pp. 102 e 113)” (PORTANOVA, 2003, p. 94)

Nas palavras de Coelho, essa forma nova de pesquisar, opinar “[...] procedendo pelo questionamento do problema, sem aceitar resposta e a solução prontas como ponto de partida do conhecimento científico” (COELHO, 1981, p. 53) faz desembocar na “[...] crítica do direito, que tem justamente na assunção da ideologia o seu momento epistêmico mais importante” (COELHO, 1981, p. 55).

O direito é interdependente e interconectado com fatores econômicos e políticos, logo, o juiz deve ter uma visão totalizadora reconhecendo que o Direito é fenômeno social relacionado com todos os aspectos da vida humana, dando ênfase ao consumidor do direito (ao cidadão) e não ao produtor do direito; seu plano de trabalho tem como escopo uma solução jurisdicional justa, aproximando-se da causa, sendo “[...] atuante, participante e juridicamente curioso” (PORTANOVA, 2003, p. 118).

Nesse contexto libertário as...

“[...] regras não podem ser obstáculos para afastar o juiz da verdade real. Pelo contrário, é indispensável criarem-se condições propícias à re-construção dos fatos com vistas a um julgamento mais próximo possível da verdade e com gozo pleno de seus resultados. Tudo com economia de tempo e energia.” (PORTANOVA, 2003, p. 119)

É a partir daquela lógica que ao julgar uma demanda que implique na escolha entre o jurídico e a moral, a resposta do juiz deve ter um conteúdo ético, considerando que “não há injustiça que justifique” (PORTANOVA, 2003, p. 127). Nessa relação entre o juiz e o justo, sua tarefa é descobrir o Direito para além dos textos e encontrá-lo na realidade social, divorciando, portanto, da visão tradicional que “[...] não admite uma motivação sentencial centrada em questões extrajudiciais”, ou seja, alheia a realidade social, política e econômica (PORTANOVA, 2003, p. 142).

Com essa posição, a *imparcialidade* do juiz diz respeito a dados objetivo ligados a sua condição de pessoa, devendo se omitir quando a parte for seu filho, seus pais, amigos íntimos (atitude omissiva) para que não haja comprometimento com a parte. Ao passo que a *neutralidade* “[...] liga o juiz-cidadão- social com conteúdo do tema posto em juízo, sua repercussão na sociedade e no meio científico”, por essa razão ele poderá ter um engajamento pessoal com algum tipo de valoração (atitude comissiva), pois a “[...] ciência participa das

vicissitudes da ação social”, não sendo completamente isenta “[...] de valoração e ideologia”, logo, não há como ser dito *neutralidade judicial*. (PORTANOVA, 2003, P. 143)

Outro nó a ser desatado pelo juiz consiste em distinguir os efeitos entre direitos políticos e sociais, enquanto no primeiro o Estado não se compromete a fazer nada positivamente em face de seus cidadãos, assumindo assim uma posição negativa, não perturbando a coletividade. No outro, o Estado assume posição diversa, direcionando o aparelho estatal para efetivação dos direitos sociais. Porém, quando esse mesmo Estado garantista permanece inerte, negado efetividade aos direitos sociais, com evidente prejuízo aos pobres e predileção pelos mais ricos, compete ao juiz suprir essa falta dentro do possível, construindo a norma no caso concreto. (PORTANOVA, 2003, p. 144)

Naquela conjuntura pró ativa do juiz, a Constituição Federal é importante para destrinçar o nó jurídico entre justiça e o pobre, ao mesmo passo que o “[...] Direito no Geral e o processo civil em particular devem voltar seus olhos para as linhas ideológicas que estão na raiz da elaboração legislativa e no inconsciente dos atores jurídicos”, permitindo revelar a natureza das coisas por que litigam as partes (PORTANOVA, 2003, p. 147).

É neste contexto que Wambier e Talamini lecionam que a Constituição Federal é o ponto de partida para se compreender adequadamente o processo civil, extraído dela a essência, a finalidade e a forma do processo num Estado Democrático de Direito. (WAMBIER e TALAMINI, 2013, p. 57)

Ao tratar sobre o papel social do direito e de seus operadores, Coelho observa que é preciso ter em mente a consciência da ideologia e o “[...] que se pretende é apenas o conhecimento, o mais próximo possível da verdade, do que as leis realmente são na linguagem legitimadora do poder político institucionalizado.” (COELHO, 2003, p. 502).

Tendo consciência da carga ideológica impregnada no processo civil, o juiz deverá adotar outras diretrizes motivacionais, consignando “expressamente qual ou quais circunstâncias sociais, políticas e econômicas o levaram a decidir”, ou seja, demonstrar como se convenceu, e por isso deverá adotar uma linguagem universal e de fácil assimilação ao homem médio.

A visão crítica do estudo de Portanova e Coelho vai ao encontro do posicionamento de Wolkmer (2002, p. 9).

A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado.

Nesse cenário, a teoria crítica busca propiciar uma transformação na sociedade, quando o homem afasta-se do modelo positivista, dos dogmas jurídicos e passa a fazer parte de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o qual lhe garante uma resposta eficaz a sua pretensão, que é efetivada quando a tutela jurisdicional é adequada à realidade social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este estudo foi possível fazer um diálogo entre RUI PORTANOVA e LUIZ FERNANDO COELHO a partir obras *Motivações Ideológicas da Sentença, Teoria Crítica do Direito e Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, evidenciando que o direito é formado por representações ideológicas de grupos detentores do poder político e econômico, os quais subjagam a minoria aos seus objetivos e interesses. Nesse cenário, o direito é um eficiente mecanismo de controle das condutas individuais, estando a serviço daquele grupo. O papel almejado pelo juiz é identificar e romper a ideologia contida na lei e no processo, as quais são provenientes de um sistema econômico e político onde o legislador não é imparcial, onde o móvel de suas ações é preservar a posição hegemônica daquele grupo e consagrar seus privilégios. Com objetivo de alcançar uma decisão justa, o magistrado deve divorciar-se da visão tradicional do direito, assumindo que o direito é um fenômeno social e relacionado com todos os aspectos da vida humana, interdependente e interconectado com fatores econômicos e políticos. PORTANOVA, portanto, encena com um direito alternativo, onde a relação entre o juiz e o justo, a tarefa do magistrado é descobrir o direito para além dos textos e encontrá-los na realidade social, é o caminho a se percorrer para encontrar a verdade. Esse direito alternativo desdenta-se nas fontes da Teoria Crítica do Direito.

REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- COELHO, L. F. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Teoria crítica do direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PAULA, J. L. M. de. **Democracia e jurisdição.** Curitiba: JM Editora, 2014.
- PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- _____. **Princípios do processo civil.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.