

REVISTA JURÍDICA

Eletrônica

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo | Vol. 3 | Fevereiro 2019

DIREITO CONSTITUCIONAL

ARTIGOS SELECIONADOS

REVISTA
JURÍDICA
Eletrônica

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

ARTIGOS SELECIONADOS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874

APRESENTAÇÃO

Esse terceiro volume da Revista Jurídica Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresenta, além de artigos de autores de escol, a composição do Conselho Editorial, integrado por grandes mestres do Direito, o que muito nos orgulha. São professores atuantes nas mais diversas áreas da Ciência Jurídica e que certamente contribuirão de modo decisivo no desenvolvimento e consolidação deste periódico. Destaco aos leitores o currículo resumido de cada integrante do Conselho, a quem a Presidência muito agradece pela inestimável colaboração.

Alamiro Velludo Salvador Netto: Advogado e Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pesquisador visitante na Universidade de Salamanca (Espanha), na Universidade de Bolonha (Itália), na Universidade Pompeu Fabra (Espanha) e na Universidade de Lisboa (Portugal). Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça (CNPCCP/MJ);

André Guilherme Lemos Jorge: Advogado e Juiz Titular do TRE/SP (2014/2016). Conselheiro CTC CAPES-MEC (2005/2008). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Superior do MPSP. Diretor do Mestrado em Direito da Uninove-SP, Diretor de Pós-Graduação da FMU (2008/2010). Consultor Pedagógico do Centro Universitário ALFA Goiânia;

Claudia Mansani Queda de Toledo: Advogada com Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (2012). Professora nos cursos de Graduação, Pós-Graduação lato e stricto sensu no Curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino. Reitora do Centro Universitário de Bauru;

Flávio Luiz Yarshell: Advogado com Mestrado, Doutorado e Livre-Docência em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Titular em Direito Processual pela Universidade de São Paulo;

Gilson Delgado Miranda: Juiz de Direito Substituto em 2º Grau do Tribunal de Justiça de São Paulo, com Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente-Doutor da PUC-SP, nos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado. Membro do Conselho da Escola Paulista da Magistratura-EPM;

José Maria Câmara Júnior: Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, com Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor nos cursos de Graduação e Especialização da PUC-SP. Subcoordenador do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC-SP. Coordenador da Área de Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura-EPM;

Luiz Alberto David Araújo: Advogado com Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com Livre-Docência em Direito Constitucional. Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP na Graduação e na Pós-Graduação. Procurador Regional da República aposentado;

Marcelo Benacchio: Juiz de Direito com Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Nove de Julho-Uninove. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo;

Renato de Mello Jorge Silveira: Advogado e Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito Penal pela USP e Pós-Doutor pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha). Presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel de Estudos Penais e Criminológicos (IMPP). Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014-2018). Professor da FGV Direito Rio e Doutorando em Direito (Doctor of the Science of Law - J.S.D.) na Yale Law School;

Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira: Professor da FGV Direito Rio e Doutorando em Direito (Doctor of the Science of Law - J.S.D.) na Yale Law School. Foi Professor Visitante da National Law University, Delhi (NLUD) (2014). Mestre em Direito Processual Civil (2008) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito (Master of Laws - LL.M.) pela Yale Law School. Membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO);

Vidal Serrano Nunes Junior: Procurador de Justiça com Mestrado, Doutorado e Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP e do Programa de Estudos Pós-Graduados da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Diretor-Adjunto da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Em seu primeiro volume a RJE deu ênfase ao Direito Processual Civil. O segundo volume versou sobre o Direito Processual Penal e Direito Penal. O volume terceiro está totalmente voltado ao Direito Constitucional com artigos dos mestres Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Alexandre de Moraes, Cláudia Mansani Queda de Toledo, Filipe Antônio Marchi Levada, Jean Vilbert, Letícia Antunes Tavares, Luiz Alberto David Araújo e Sandra Lúcia Garcia Massud, Mônica Magalhães Serrano e Vidal Serrano Nunes Júnior, Paulo Roberto Fadigas César e Rodrigo Augusto de Oliveira.

Faça parte da próxima edição. Boa leitura!

Manoel de Queiroz Pereira Calças
Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo



REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA

Edição nº 3 - Fevereiro 2019 - São Paulo - SP

A Revista Jurídica Eletrônica é uma publicação digital do TJSP que reúne artigos doutrinários, comentários de acórdãos e jurisprudência sobre diversas áreas do Direito.

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças

CONSELHO

Alamiro Velludo Salvador Netto
Advogado e Professor da USP

André Guilherme Lemos Jorge
Advogado e Coordenador da Uninove

Claudia Mansani Queda de Toledo
Advogada, Reitora da ITE-Bauru

Flávio Luiz Yarshell
Advogado e Professor da USP

Gilson Delgado Miranda
Juiz de Direito Substituto em 2º Grau e Professor da PUC-SP

José Maria Câmara Júnior
Desembargador do TJSP e Professor da PUC-SP

Luiz Alberto David Araújo
Advogado e Professor da PUC-SP

Marcelo Benacchio
Juiz de Direito e Professor da Uninove

Renato de Mello Jorge Silveira
Advogado e Professor Titular da USP

Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira
Advogado e Professor da FGV-RJ

Vidal Serrano Nunes Júnior
Procurador de Justiça e Diretor Adjunto da PUC-SP

AUTORES

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Alexandre de Moraes

Cláudia Mansani Queda de Toledo

Filipe Antônio Marchi Levada

Jean Vilbert

Letícia Antunes Tavares

Luiz Alberto David Araújo / Sandra Lúcia Garcia Massud

Mônica Magalhães Serrano / Vidal Serrano Nunes Júnior

Paulo Roberto Fadigas César

Rodrigo Augusto de Oliveira

ISSN: 2595-0193

Layout e diagramação - Daniel Gaiciner Minghin

Revisão - Rosangela Sanches

Realização - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo / Secretaria da Presidência (SPR) /
Diretoria de Comunicação Social (SPR6)

Endereço eletrônico - issuu.com/revistajuridicaeletronica



Segurança Jurídica e Aposentadoria Compulsória Surpresa Notas Sobre Curioso Caso da Redução Temporária do Limite Etário para a Aposentadoria Compulsória dos Policiais <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	11
Democracia e Liberdade de Expressão <i>Alexandre de Moraes</i>	35
Breves Reflexões sobre as Eficácias Direta e Indireta dos Direitos Fundamentais: Entre a Dignidade Humana na CF88 e a Dignidade do Direito Privado <i>Cláudia Mansani Queda de Toledo</i>	55
Os Direitos e o Direito <i>Filipe Antônio Marchi Levada</i>	79
Constituição de 1988:Três Décadas de Muita Teoria e Pouca Prática <i>Jean Vilbert</i>	115
Breves Considerações sobre o Direito à Privacidade na Era Informacional <i>Letícia Antunes Tavares</i>	137
Estamos Atentos às Novidades em Relação aos Direitos das Pessoas com Deficiência? Novos Parâmetros, Novas Exigências Legais, uma Nova Visão. <i>Luiz Alberto David Araujo Sandra Lucia Garcia Massud</i>	173
Direito à Saúde e a Denominada Reserva do Possível <i>Mônica Magalhães Serrano Vidal Serrano Nunes Júnior</i>	197
A Decularização dos Direitos Sociais Relacionados à Infância e à Juventude pelo Estado Autopoiético <i>Paulo Roberto Fadigas César</i>	221
A Necessidade de Interpretação Conforme da Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade Prevista no Art. 1601 do Código Civil aos Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais da Dignidade Humana e da Segurança Jurídica: A Fixação do Estatuto Constitucional da Paternidade Socioafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Rodrigo Augusto de Oliveira</i>	251

SEGURANÇA JURÍDICA E APOSENTADORIA COMPULSÓRIA SURPRESA

NOTAS SOBRE CURIOSO CASO DA
REDUÇÃO TEMPORÁRIA DO LIMITE
ETÁRIO PARA A APOSENTADORIA
COMPULSÓRIA DOS POLICIAIS

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

Doutor e Mestre em Direito do Estado
Professor da Escola Paulista da Magistratura
Pesquisador vinculado ao CEDAU
Juiz de Direito em São Paulo

INTRODUÇÃO

Neste ensaio vamos tratar de um caso curioso que teve passagem relâmpago no Tribunal de Justiça de São Paulo, mas deixou uma marca indelével no destino de diversas pessoas: a redução temporária do limite etário para a aposentadoria compulsória dos policiais imposta pela Lei Complementar nº 144/2014, a qual alterou o inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 51/1985, dispositivo que poucos meses depois foi revogado pela Lei Complementar nº 152/2015.

A situação inusitada, pela qual um sem número de pessoas se viram aposentadas literalmente do dia para a noite em decorrência da alteração legislativa em questão, é um bom mote para a discussão do valor segurança jurídica para o Estado de Direito e da necessidade de aprimoramento do nosso processo legislativo de modo a se evitar que outros episódios análogos venham ceifar de inopino e sem qualquer justificativa plausível os projetos e expectativas de milhares de brasileiros no porvir.

1. O CASO: APOSENTADORIA COMPULSÓRIA SURPRESA

E foi assim. Em Brasília, no dia 15 de maio de 2014, no 193º aniversário da nossa Independência e no 126º aniversário da nossa República, a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei Complementar nº 144/2014 que estabeleceu, a partir daquele dia,

que o limite para a aposentadoria compulsória dos servidores policiais seria de 65 anos¹ (e não o de 70, como previsto até então para todo o funcionalismo²).

Sem *vacatio legis*, sem considerandos, um comando imposto pelo legislador, com a sanção da chefe do Executivo, aos seus súditos.

Se o indivíduo era policial, tinha 65 anos, e no dia 15 de maio de 2014, acordou, tomou café, despediu-se da família e apresentou-se ao trabalho, ao sentar em sua mesa recebeu uma surpresa: estava aposentado. Devia reunir seus objetos pessoais e voltar para casa.

Se estava em alguma operação de investigação, se o departamento em estava lotado tinha pessoal suficiente para cumprir suas atribuições em prol da população, se este já tinha completado tempo de contribuição suficiente para aposentar-se com proventos integrais, se simplesmente gostava do que fazia e só pensava em ir para inatividade em 5 anos...nada disso importava. Enfim, assim é a lei. Se aprovada, mesmo sem se saber o porquê, pelos nossos representantes, vale e, portanto, se cumpre.

Será?

¹ Art. 2º da LC 144/2014: *“O art. 1º da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º - O servidor público policial será aposentado: I - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados”* (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp144.htm#art2, acesso em 28/06/2018).

² O inciso II do §1º do art. 40 da Constituição, com a redação que lhe fora conferida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, previa que os servidores seriam aposentados: *“compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”* (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 28/06/2018);

3. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO

A segurança jurídica, embora nem sempre lembrada entre os direitos fundamentais do indivíduo, é um dos bens mais valiosos a serem tutelados pela organização social³.

Em sendo o ser humano um ser relacional, que vive de forma gregária e mantém contato uns com os outros de modo a criar e preservar as condições materiais e espirituais de sua existência digna, é intuitivo que se busque alguma previsibilidade dessas interações⁴, de modo assegurar seu desenvolvimento futuro em prol do bem comum.

O Direito, enquanto conjunto de regras vocacionadas a disciplinar a vida das pessoas em sociedade, tem na segurança ofertada pela certeza de seu teor⁵ e da sua imposição pelo Estado-juiz em caso de violação de suas prescrições uma de suas principais finalidades⁶.

³ Sobre a importância do poder exercido sob o signo do Direito para a garantia da estabilidade das relações mantidas entre os seres humanos, ver HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*, Paris: Dalloz, 2010 (reimpressão de edição original de 1910)(p. 74 e ss. e, em especial, p. 78 e ss.). Para um estudo profundo sobre o tema da segurança jurídica, ver RAIMBAULT, Philippe. *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 2009. O autor lembra que, desde o contratualismo iluminista, a ideia de garantir a segurança dos indivíduos esteve presente nas preocupações das lições que ajudaram a construir o modelo de Estado que surgiu a partir da Revolução Francesa (RIMBAULT, 2009, p. 2/3).

⁴ OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*, Roma: Gismondi, 1942, p. 76/78.

⁵ Aspiração que é desafiada pelo fenômeno da inflação legislativa/fúria legiferante (e conseqüente mutabilidade contínua da legislação) que, apesar de identificada como um desserviço ao postulado da segurança jurídica já há bastante tempo (OÑATE, Flávio, *La certezza...*, ob. cit., 1942, p. 96/98), permanece como um dos grandes problemas enfrentados por diversos Estados contemporâneos. Entre nós recentemente destacam a patologia, por exemplo, MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima in ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do Estado de Direito – estudos em homenagem ao prof. Almiro do Couto e Silva*, p. 114/119, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118/119; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, São Paulo: RT, 2012, p. 173 e ss.

⁶ Outras duas finalidades do Direito que acompanham o valor da *segurança* como fundamentais de uma ordem jurídica são a *justiça* e o *bem comum*, como pontua DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 13 e ss.

Tanto não precisa, a toda evidência, estar expressamente escrito no texto legislado pelo Parlamento⁷.

Trata-se de uma decorrência lógica da organização das pessoas sob o signo do Direito para a satisfação dos fins que lhes são próprios e que normalmente só são satisfatoriamente alcançados em conjunto.

4. SEGURANÇA JURÍDICA COMO UM LIMITE AO LEGISLADOR

Como a segurança é um valor a ser preservado pelo Estado como um todo⁸, tem-se que sua tutela constringe não só a conduta dos agentes do Executivo, como as ações imputáveis ao Legislativo e ao Judiciário⁹.

⁷ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos...*, ob. cit., p. 136. Conclusão que também se extrai da lição de J.J. Gomes CANOTILHO: *“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”*(Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. Ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*, v. 1, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 305; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

⁹ Os juízes foram expressamente lembrados por reformas legislativas recentes que tiveram dentre os seus objetivos a busca de uma maior segurança jurídica nas relações entre Estado e particular como foi o caso do novo Código de Processo Civil – C.P.C. e da alteração promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei n. 13.655/2018. Do C.P.C., recorde-se, por exemplo, da redação do seu art. 926: *“Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”* (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 04/07/18). Da LINDB, a título ilustrativo, confira-se seu art. 23: *“A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de*

No que se refere à produção da lei, tem-se que esta, além de não poder criar obrigações inúteis¹⁰, em regra só pode se dirigir a fatos futuros, vedada, pois, sua retroatividade para alcançar situações consolidadas revestidas das garantias do *direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada*¹¹.

Nada obstante, será que os referidos limites à aplicação da lei de modo retroativo são os únicos a cercear a competência do legislador de dispor sobre os efeitos de atos ou fatos passados?

Ao lado do que se entende por aspecto objetivo da segurança jurídica (irretroatividade da lei face o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*), há o que parte da doutrina passou a designar como faceta subjetiva do postulado (*tutela da confiança*), que corresponde às legítimas expectativas dos cidadãos geradas seja pelos atos normativos estatais (leis e regulamentos), seja pelas decisões¹² e comportamentos de seus agentes no exercício das competências que lhes são atribuídas por lei¹³.

modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais" (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm, acesso em 04/07/18).

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso..., ob. cit.*, 2016, p. 305/306. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito..., ob. cit.*, 2003, p. 263.

¹¹ Art. 5º, XXXVI da Constituição da República – “a lei não prejudicará o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 04/07/18).

¹² No que se refere ao dever de a Administração vincular-se aos seus próprios precedentes, ver LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & a vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017; CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*, São Paulo: Contracorrente, 2015.

¹³ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/1999) in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 237, p. 271/315, Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2004, p. 273/274.

Note-se que, apesar de a ideia não ser exatamente nova¹⁴, essa faceta do princípio da segurança jurídica¹⁵ oferece fundamento sólido para que o legislador, ao alterar a legislação tolhendo expectativas individuais e coletivas, as sopesse antes de levar a efeito seu intento.

Através de tal operação, ainda que o parlamentar entenda pelo interesse público na aprovação de um dado projeto de lei, este poderá (e a depender das circunstâncias deverá) prever ao menos uma regra de transição para aqueles que, tendo motivos para acreditar na estabilidade de uma disciplina legal vigente por largo período, forem mais intensamente atingidos pelos efeitos da alteração legislativa do que a população em geral¹⁶.

¹⁴ Já que se busca com ela resguardar a boa-fé que deve prevalecer na relação entre os indivíduos que cooperam entre si em uma organização política. Sobre o ponto, ver MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa *in* VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, p. 429/457, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁵ Que só veio merecer maior atenção da nossa doutrina a partir do final década de 90 do século XX, contando com o impulso dado pela aprovação da Lei n. 9.784/1999, com a previsão da *segurança jurídica* como princípio expresso a reger a atuação da Administração Pública federal (art. 2º) e do prazo decadencial de 5 anos para esta rever seus próprios atos dos quais advenham efeitos favoráveis aos administrados, salvo comprovada má-fé (art. 54). Sobre o tratamento que a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm dando ao tema, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da administração pública e segurança jurídica *in* VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, p. 47/63, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 54 e ss.

¹⁶ “A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas que se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes”. Mais à frente: “O reconhecimento da proteção da confiança pode limitar a liberdade de alterar a legislação ou a disciplina normativa existente em certa matéria, impondo, ao legislador ou à autoridade administrativa, a previsão de um regime de transição quando ocorrerem modificações de leis vigentes, sobretudo para direitos ainda não adquiridos, mas em vias de aquisição, ou suscetíveis de aquisição” (MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica, ob. cit.*, p. 117/118). Em sentido próximo, abordando a questão da necessidade de estabelecimento de regime de transição para a hipótese de extinção de atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos administrados, ver SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 153 e ss.

4.1. Nota sobre o devido processo legislativo como salvaguarda da racionalidade e da tutela da confiança pela legislação

Em sendo certo que o Poder Legislativo também deverá zelar para que sua função precípua de produzir leis não redunde em aumento da insegurança jurídica nos setores regulados, nem em restrições desproporcionais às esferas de liberdade dos indivíduos, o caminho mais evidente de se tutelar previamente tais valores é buscando-se um aprimoramento do procedimento previsto para aprovação dos seus atos normativos¹⁷.

Na situação posta, vale lembrar, estamos diante de uma medida de relevante impacto econômico (possibilidade de adiantamento em até 5 anos de diversas aposentadorias no âmbito da Polícia), com repercussão imediata nas atividades-fim de um sem número de repartições públicas (que passarão a ter desfalque de pessoal do dia para a noite, sem terem tido tempo para organizar novos concursos de ingresso para substituição dos atingidos pela nova lei) e que se insere em uma temática delicada (Previdência Pública), a qual vem sendo objeto de reformas em diversos países sobretudo em razão do incremento da expectativa de vida da população, a recomendar elevação das idades para aposentadoria (e não de diminuição, como ocorreu no caso em questão¹⁸).

Levando em conta tais variáveis, bem como o dever de os representantes do povo identificarem e sopesarem os interesses dos particulares a serem alcançados pela lei

¹⁷ Em estudo recente discorremos sobre algumas medidas que pensamos vir ao encontro da necessidade de reforço da processualidade prevista nos regimentos das Casas Legislativas como etapas a serem superadas para a aprovação de leis. A respeito, conferir nosso: "Do Devido Processo Legislativo" in CUNHA FILHO, A. J. C. da; OLIVEIRA, A. T. da M.; ISSA, R. H. SCHWIND, R. W (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas*, p. 155/177, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

¹⁸ Sobre a situação atual de nosso sistema de previdência e o impacto de aposentarias precoces para sua sustentabilidade a médio e longo prazo ver LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise*, São Paulo: RT, 2018, p. 145 e ss.

projetada, seria necessário enriquecer os estudos quanto à conveniência da iniciativa reformista antes da sua submissão a plenário, seja no âmbito de comissões temáticas (como na de Finanças¹⁹ e na de Constituição e Justiça), seja por meio de canais de contato com o público (como através da convocação de audiências ou consultas públicas).

Apenas dessa forma, reunindo-se números e opiniões acerca da alteração pretendida, é que seria possível aos legisladores atuarem de modo mais racional no caso, inclusive cotejando o projeto de lei colocado em pauta com outros que envolvam o mesmo tema, de modo que não houvesse contradição entre estes, como acabou por acontecer.

¹⁹ A título ilustrativo, acreditamos que seria indispensável que o processo legislativo sob exame viesse acompanhado de um estudo de impacto que esclarecesse quantos servidores seriam afetados pela redução do limite etário para a aposentadoria compulsória dos policiais bem como que apontasse quais medidas, tempo e gastos seriam necessários para a admissão de pessoal com a finalidade de não haver prejuízo à função pública de responsabilidade de tais profissionais. Nada obstante, ao menos pelo que consta a respeito no site da Câmara dos Deputados (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=AD893C1F254271C299497B334ADCA9BE.proposicoesWebExterno1?idProposicao=43617, acesso em 08/07/18), tem-se que o projeto de lei – PL n. 275/2001 (que redundou na aprovação de Lei Complementar n. 144/2014) recebeu pareceres de cinco comissões (Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC, Finanças e Tributação - CFT, Relações Exteriores e de Defesa Nacional - CREDN, Seguridade Social e Família - CSSF, Trabalho, Administração e Serviço Público - CTASP), mas em nenhum desses tais dados vieram à tona para uma tomada de decisão informada pelos parlamentares. No que se refere à manifestação da CFT, que por sua singeleza revela como ainda temos que avançar na adequada instrução de projetos de lei que impliquem gastos no orçamento, destacamos passagem do voto do relator da matéria (que se resume a uma lauda): *“O Plano Plurianual para o período 2000/2003 (Lei nº 9.989, de 21 de julho de 2000), não prevê ação relativa à proposta contida no projeto. No que concerne à adequação do projeto à Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e à Lei Orçamentária Anual, é importante ressaltar que as despesas que advirão com a antecipação da aposentadoria das mulheres policiais só acontecerão a longo prazo, não ocorrendo portanto impacto sobre o orçamento em vigor. Em assim sendo, somos pela ADEQUAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA do Projeto de Lei Complementar nº 275, de 2001 e do seu apenso, Projeto de Lei Complementar nº 337, de 2002”* (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=104987&filename=PRL+1+CFT+%3D%3E+PLP+275/2001, acesso em 08/07/2018). Sobre a conveniência da realização de estudos de impacto na instrução de processos legislativos, remetemos o leitor a nossas considerações feitas em CUNHA FILHO, 2017, p. 164/166.

5. DE VOLTA AO CASO: LITIGÂNCIA REPETITIVA, DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL E OFENSA À ISONOMIA

De acordo com o exposto linhas acima, imaginamos não haver muita dúvida quanto ao fato de que alguém que esteja trabalhando há décadas no serviço público com o plano de se aposentar na idade prevista em lei para tanto vá ter seu projeto frustrado com uma alteração legislativa que, sem maiores esclarecimentos além de uma suposta intenção de protetiva à saúde do próprio afetado, venha reduzir do dia para a noite tal limite.

Dessa forma, como era intuitivo, pelo menos no Estado de São Paulo milhares de ações individuais foram propostas seja por pessoas que se viram aposentadas com o só advento da Lei Complementar nº 144/2014 seja por aquelas que, com a nova disciplina legal, teriam que se aposentar nos próximos meses contra sua vontade/expectativas.

O enfrentamento da demanda de massa pelo nosso Judiciário não fugiu ao roteiro que costuma ser seguido em casos análogos. No âmbito da Justiça estadual, apesar da origem comum das múltiplas lesões, as diversas ações envolvendo o tema foram distribuídas livremente entre todos os magistrados competentes para julgamento de ações contra o Estado, em Varas especializadas ou não, sem indicação de conexão entre elas ou coordenação entre os julgadores para fins de melhor tratamento do problema coletivo.

Não há notícia de ter sido proposta ação coletiva com o propósito de questionamento da matéria a qual, se existente, não levou à suspensão das ações individuais, providência que,

além de encontrar amparo na jurisprudência do STJ²⁰, vem sendo defendida para melhor racionalização do nosso sistema de Justiça²¹, que continua via de regra trabalhando muito e mal no julgamento de demandas envolvendo direitos transindividuais (já que se busca através de pressão por cada vez mais julgamentos em um mesmo espaço de tempo atacar sintomas da questão coletiva, sem normalmente enfrentar suas causas²²).

O Partido Social Democrata Cristão – PSDC propôs uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5129) contra o dispositivo em questão, a qual acabou por ser tida como prejudicada em razão da posterior revogação da redução do limite etário para a aposentadoria de policiais pela Lei Complementar n. 152/2015²³.

²⁰ "RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido (STJ, 2ª Seção, Min. Rel. Sidney Beneti, REsp. nº 1110549/RS – data do julgamento 28/10/2009).

²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, ob. cit., p. 180/181; REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 347 e ss.

²² Para uma visão crítica desse modelo de tratamento de demandas de massa, apontando para novos caminhos, em especial a partir do monitoramento e prevenção desse tipo de ação por centros de inteligência no âmbito do Judiciário, ver: FERRAZ, Tais Schilling. *Gestão do conhecimento como instrumento para a efetividade do modelo brasileiro de precedentes: a importância dos centros de inteligência* in *Série CEJ. Notas técnicas e ações do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal*, v1, p. 63/71, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018; MORAES, Vânia Cardoso André de. *Centro nacional (e locais) de inteligência da Justiça Federal: um sistema organizacional para a construção de uma instituição eficaz e inclusiva em todos os níveis* in *Série CEJ. Notas técnicas e ações do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal*, v1, p. 13/21, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

²³ Para o teor da respectiva decisão, proferida em 21/10/2016, ver <https://www.conjur.com.br/dl/adi-5129.pdf>, acesso em 08/07/18.

No que se refere à situação individual daqueles que viram no Judiciário a última esperança contra o arbítrio, o resultado, como previsível à vista do modelo de litigância adotado, foi o lotérico: cada cabeça, uma sentença.

Para quem conseguiu obter a liminar para se manter no respectivo cargo e a demanda durou mais de um ano para ser julgada houve boa chance de reconhecimento do direito reclamado, independentemente do entendimento acerca da matéria de fundo pelo julgador, já que a posterior revogação do quanto previsto no inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 51/1985 (redação dada pela LC n. 144/2014) implicou a perda superveniente do objeto discutido em juízo²⁴.

Para quem não conseguiu a liminar e o processo tramitou de modo célere²⁵, houve grande chance de desligamento do serviço²⁶, inclusive com trânsito em julgado das

²⁴ *“Apelação e remessa necessária – Mandado de Segurança – Perito Criminal com mais de 65 anos de idade que pretendia a permanência no serviço ativo até os 70 anos de idade – Aposentadoria compulsória aos policiais civis que foi revogada com o advento da Lei Complementar nº 152/2015 – Perda superveniente do objeto da ação – Recurso prejudicado e remessa necessária acolhida para extinguir a ação, de ofício, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC/2015”.* (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1028872-58.2014.8.26.0053; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/07/2017; Data de Registro: 05/07/2017).

²⁵ Celeridade que, apesar de seguir as diretrizes de produtividade encampadas pelas cúpulas dos Tribunais, repercutindo políticas estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça para a gestão eficiente de processos, nem sempre conduz a decisões refletidas e ponderadas, qualidades do exercício da jurisdição que muitas vezes não estão dentre as preocupações de um sem número de críticos do nosso sistema de Justiça, que, ocupando espaço de destaque na mídia nacional, permanentemente insistem na necessidade de se julgar sempre mais casos em menos espaço de tempo como solução para a morosidade no trâmite de ações.

²⁶ *“APELAÇÃO - Mandado de Segurança – Delegado de Polícia Civil – Pretensão de permanecer no cargo após completar 65 anos de idade – Denegação da segurança, com apoio no artigo 285-A do CPC – Pretensão de inversão do julgamento - Impossibilidade – Cabimento da aplicação do art. 285-A do CPC ao caso – Irrelevância de a matéria não estar pacificada nos Tribunais - Aposentadoria compulsória do servidor policial aos 65 anos - Previsão contida na LC nº 51/85, recepcionada pela CF/88, e ratificada na LC nº 144/2014 – Possibilidade de adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria dos servidores que exercem atividade de risco – Aplicação do §4º, II, do art. 40 da CF – Precedentes - Rejeição da matéria preliminar - Não provimento da apelação”*(TJSP; Apelação 1050501-88.2014.8.26.0053; Relatora: Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/06/2015; Data de Registro: 08/06/2015).

respectivas decisões, caso os patronos dos servidores não tenham recorrido aos Tribunais de Brasília na tentativa de reavaliação da causa em sede de recursos extremos (Especial e/ou Extraordinário).

Para quem não conseguiu a liminar e o processo demorou mais de um ano para ser julgado, houve a necessidade de afastamento do cargo caso o limite etário para aposentadoria tenha sido alcançado enquanto vigente a regra de aposentadoria compulsória de 65 anos para os policiais, mas houve chance de reintegração ao serviço em razão da revogação do dispositivo, com tutelas antecipadas deferidas em sentenças ou em decorrência de comandos advindos do julgamento do caso pelos Tribunais.

Eis, esquematicamente, as hipóteses referidas:

Liminar	Duração do Processo	Resultado provável
sim	+ de 1 ano	manutenção no cargo
não	+ de 1 ano	reintegração no cargo
não	- de 1 ano	grande possibilidade de perda definitiva do cargo

Ou seja, o que se observou da experiência advinda da irrefletida redução do limite etário para a aposentadoria compulsória pelo legislador (e isso entendemos pacífico, já que pouco tempo depois houve revogação de tal previsão pelo Congresso), sem a

previsão de regras de transição para acomodação adequada dos interesses e expectativas dos destinatários da alteração normativa e com o Judiciário tratando do direito atinente a um grupo expressivo de pessoas de modo atomizado e sem coordenação entre seus diversos órgãos, foi o tratamento distinto para pessoas que compartilhavam de mesma situação de fato.

6. FUI APOSENTADO. E AGORA?

Ainda que de certo modo tenhamos nos acostumado com tal tipo de desfecho para as lides repetitivas, como se o esforço contínuo para reduzir acervos de processos aguardando julgamento pudesse se dar em detrimento do dever de tratamento isonômico e refletido a quem bate as portas do Judiciário em busca de salvaguarda de seus direitos, acreditamos que a situação posta sirva de mote para refletirmos se realmente estamos no caminho certo.

Independentemente da posição de cada magistrado(a) a respeito dos efeitos a serem dados para o valor segurança jurídica na discussão sobre a constitucionalidade da mudança das regras de aposentadoria compulsória trazidas pela LC n. 144/2014, o fato é que a revogação desta pouco tempo após o início de sua vigência acabou por produzir uma situação de injustiça flagrante, que é a de pessoas exatamente na mesma posição jurídica terem recebido tratamento diverso por parte do Estado (que, através do legislador, acabou por disciplinar a inatividade imperativa para um grupo estrito de pessoas e que, através de

seus órgãos judiciais, chamado a se pronunciar sobre idêntica controvérsia, em alguns casos determinou a reintegração do servidor e em outros não).

Caracterizada a ofensa à isonomia e mesmo à racionalidade no proceder dispensado pela organização política a um grupo de indivíduos, o que fazer aquele que, ao ter ingressado com demanda judicial individual para salvaguarda de suas expectativas, teve sua pretensão de permanecer no cargo rejeitada por decisão judicial com trânsito em julgado, mas proferida antes do advento da LC n. 152/2015 (ou sem considerar eventual efeito de tal diploma sobre sua esfera jurídica)?

O quadro é certamente complexo e desafia os limites da garantia da coisa julgada, cuja preservação, não é despidendo lembrar, também é essencial para a tutela da segurança jurídica.

De toda sorte, vemos três hipótese de encaminhamento para a questão: 1) ou não se faz nada e paciência, o nosso sistema de Justiça funciona assim mesmo (logo, trata-se, na verdade, de um não encaminhamento ou resignação); 2) ou, em razão do fato novo (revogação da lei), postula-se administrativamente a reversão de aposentadoria; 3) caso não aceite o pleito reavaliação extrajudicial da decisão combatida, provoca-se novamente o Judiciário com base no referido fato novo, defendendo que a alteração da causa de pedir justifica a reanálise da matéria, estando fora do âmbito da coisa julgada formada no processo anteriormente julgado.

Adotando-se a postura preconizada no item 2 supra, caso a Administração admita rever o ato de aposentadoria imposto ao servidor na vigência de “lei temporária” (já que vigente por cerca de ano e meio - de 16/05/14 até 04/12/2015), teríamos

assegurado o tratamento isonômico entre os atingidos, já que o deferimento da reversão para um necessariamente serviria como precedente para os demais, circunstância em que a aprovação de regulamento para disciplinar os respectivos efeitos inclusive pode ser útil.

Frustrada a tentativa de acolhimento administrativo do pedido, em havendo necessidade de adoção do passo previsto no item 3 supra, o ideal seria a discussão da matéria em ação coletiva, garantindo-se, assim e enfim, igualdade no tratamento dos que estão na mesma situação, em um rito com instrução mais alargada, admitindo-se até intervenção de terceiros para enriquecimento dos argumentos e dados a serem sopesados pelo julgador.

Em havendo propositura de ações individuais com tal objeto, acreditamos que seria desejável, sempre tendo em mente o dever de o Judiciário dar resposta coerente à demanda repetitiva, ou a reunião de todos os feitos perante um mesmo juízo para se evitar pronunciamentos contraditórios²⁷ ou a cooperação entre os órgãos judiciais que receberam tais lides²⁸, de modo que cada um saiba do andamento que vem sendo dado pelos outros sobre o assunto e, se não possível uniformidade de entendimento em

²⁷ § 3º do art. 55 do C.P.C. – “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 09/07/18).

²⁸ Nos termos do que prevê os arts. 67, 68 e 69 do C.P.C. Confira-se, a respeito, a redação do §2º do art. 69 de tal diploma: “§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III - a efetivação de tutela provisória; IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 09/07/18).

primeira instância, que ao menos a notícia da replicação de lides seja feita para a segunda, garantindo-se que no julgamento dos recursos interpostos haja preocupação com a pacificação da jurisprudência acerca da disputa examinada.

Havendo concomitância entre ação coletiva e individuais, na linha das ponderações feitas linhas acima, acreditamos que aquela deva ter andamento prioritário sobre estas, com comunicação dos juízes responsáveis pelas ações individuais para fins de suspensão de seus processos até o julgamento da ação transindividual.

CONCLUSÃO

Como houve revogação do dispositivo que determinou a redução abrupta do limite etário para a aposentadoria compulsória dos policiais, é possível que não saibamos a posição do Supremo Tribunal acerca da legitimidade de tal intento, o que é de especial interesse dos estudiosos do Direito, sobretudo considerando a repercussão da medida nas expectativas legítimas de um número relevante de pessoas que, confiando na manutenção das regras vigentes para fins de sua aposentadoria, planejaram duas vidas de acordo com elas²⁹.

²⁹ A matéria, todavia, é de índole irrecusavelmente constitucional, de modo que é provável que a Suprema Corte seja instada a analisá-la em sede de controle difuso de constitucionalidade, como aponta precedentes do STJ sobre a matéria: v.g. "ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. COMISSÁRIA DE POLÍCIA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ILEGALIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS

CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. O Tribunal a quo concluiu pela ilegalidade da aposentadoria compulsória da ora agravante tendo em vista que "a implementação da idade de 65 anos, pois vai de encontro ao disposto no art. 40, parágrafo 1º, inc. II, da Constituição Federal, que prevê a compulsoriedade da aposentadoria aos 70 anos de idade, sem qualquer exceção. A possibilidade de adoção de requisitos diferenciados para a concessão da aposentadoria, prevista no parágrafo 4º do art. 40 da Constituição Federal, especificamente no inc. II, para os

Nada obstante, a matéria é de alta indagação e há grande possibilidade de afetados pela LC n. 144/2014 em todos os Estados da Federação bem como junto à União receberem tratamento diferenciado do Judiciário na apreciação de suas pretensões de permanecerem no serviço público até 75 anos, que hoje é a idade limite para aposentadoria compulsória do funcionalismo conforme previsto pela LC n. 152/2015.

Neste ensaio apresentamos nossa visão acerca do problema, tirando nossas conclusões a partir do relevo que entendemos que deva ser dado ao valor “segurança jurídica” como um dos princípios fundantes de nosso ordenamento.

Independentemente do posicionamento que vá prevalecer sobre a matéria, acreditamos que nossos Tribunais (particularmente através de seus órgãos de primeira e segunda instância) devam estar atentos para que, no julgamento de demandas repetitivas como a do caso tipo ora analisado, haja uma maior coerência em seus pronunciamentos, evitando-se conferir tratamento diverso a quem está em situação igual.

Afinal de contas, se há hipóteses em que definir o que é justo pode render discussões intermináveis, há outras em que, sendo a injustiça é flagrante, não nos parece razoável que se defenda sua manutenção por disfuncionalidades do nosso sistema de Justiça, com as quais, por força do hábito, acabamos por nos acostumar.

servidores que exerçam atividades de risco, diz respeito tão-somente à aposentadoria voluntária" (fl. 276, e-STJ). 2. Na leitura dos autos verifico que, muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi dirimida sob enfoque eminentemente constitucional. Descabe, pois, a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF. 3. Agravo Regimental não provido (STJ, AgInt no AREsp 851158 / RS, 2ª Turma, j. 26-04-16, rel. Min. Herman Benjamin).

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da administração pública e segurança jurídica in VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, p. 47/63, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. Ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*, São Paulo: Contracorrente, 2015.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. Do Devido Processo Legislativo in CUNHA FILHO, A. J. C. da; OLIVEIRA, A. T. da M.; ISSA, R. H. SCHWIND, R. W (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas*, p. 155/177, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FERRAZ, Taís Schilling. Gestão do conhecimento como instrumento para a efetividade do modelo brasileiro de precedentes: a importância dos centros de inteligência in *Série CEJ. Notas técnicas e ações do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal*, v1, p. 63/71, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

HAURIUO, Maurice. *Principes de droit public*, Paris: Dalloz, 2010 (reimpressão de edição original de 1910).

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & a vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, São Paulo: RT, 2012.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa in VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, p. 429/457, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima in ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito – estudos em homenagem ao prof. Almiro do Couto e Silva*, p. 114/119, São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*, v. 1, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Centro nacional (e locais) de inteligência da Justiça Federal: um sistema organizacional para a construção de uma instituição eficaz e inclusiva em todos os níveis in *Série CEJ. Notas técnicas e ações do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal*, v1, p. 13/21, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*, Roma: Gismondi, 1942.

RAIMBAULT, Philippe. *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/1999) *in Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 237, p. 271/315, Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2004.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Alexandre de Moraes

ALEXANDRE DE MORAES

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Professor Livre-Docente da USP

Titular Pleno da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública

Membro do Conselho Nacional de Justiça

Titular das Secretarias de Estado da Segurança Pública e Justiça, no Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

Os 30 anos da promulgação da Constituição de 1988 merecem uma grande comemoração, por constituírem o maior período de estabilidade democrática e respeito ao Estado de Direito de nossa história republicana, com o constante avanço na efetivação dos direitos fundamentais e a ampliação segura do livre exercício da cidadania, permitindo o desenvolvimento da cultura do pluralismo de ideias e liberdade de expressão como valores estruturantes do sistema democrático.

Em recente e importantíssimo julgamento (ADI 4451/DF), o Supremo Tribunal Federal discutiu a sensível questão da liberdade de expressão nos meios de comunicação social, especificamente no contexto do processo eleitoral, analisando a validade de dispositivos da Lei das Eleições que vedavam que emissoras de rádio e televisão, durante o período eleitoral, veiculem em sua programação normal: (a) *“trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo”* que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos e coligações (art. 45, inciso II); e, de forma mais ampla, veda (b) a difusão de *“opinião favorável ou contrária”* a candidatos, partidos e coligações.

O escopo das restrições estabelecidas pela legislação impugnada, segundo o Congresso Nacional, seria o de garantir a lisura e igualdade dos pleitos eleitorais, protegendo-os da influência abusiva do poder econômico. A legislação impugnada, segundo o legislador, teria pretendido (art. 45, II, da Lei das Eleições) proteger a honra e dignidade dos agentes políticos em disputa eleitoral, proibindo a trucagem de mídia relacionada à pessoa de candidatos, partidos e coligações – o que alcança o uso do humor e sátira sobre a figura

pública dessas pessoas –, bem como expressou cláusula ampla proibitiva da difusão, na programação de emissoras, de opiniões sobre o pleito eleitoral.

Por outro lado, a tese de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ABERT, invocava a violação ao art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, XXXIII e LVIII, ao art. 206, II, e ao art. 220 e §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal, na linha de que a restrição estabelecida na legislação impugnada importaria em medida irrazoável e desproporcional à liberdade de manifestação do pensamento, ao direito ao amplo acesso à informação, à plena liberdade de exercício da atividade jornalística, caracterizando “*controle prévio e apriorístico*” sobre o debate público durante o processo eleitoral.

Ao tratar da comunicação social, optou o constituinte por atribuí-la a agentes econômicos privados, que exercem essa atividade de visível interesse social sob um regime jurídico especial, preconizando a observância de determinados princípios na produção e difusão de conteúdo informativo pelas emissoras de rádio e televisão (art. 221), vedando a formação de monopólios e oligopólios (art. 220, § 5º) e limitando certos aspectos dessa atividade a brasileiros natos e a empresas com determinado perfil societário (art. 222).

Está presente no texto constitucional, portanto, a preocupação com os riscos decorrentes da captura da comunicação social por interesses organizados, em prejuízo do pleno funcionamento da Democracia.

Assim, a Constituição prevê o exercício dessa imprescindível garantia constitucional com responsabilidade, pois como todos os Direitos Fundamentais, também a liberdade de expressão não é absoluta, sofrendo restrições perante a análise de compatibilidade

e razoabilidade com o conjunto das demais previsões constitucionais, entre elas, a proibição ao discurso de ódio, ao racismo e qualquer forma de preconceito, a proteção à criança e adolescente, além da possibilidade de indenização por danos morais e à imagem, consagrando ao ofendido a total reparabilidade em virtude de prejuízos sofridos.

No mesmo sentido, a consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra, inclusive o candidato durante o período eleitoral. A Constituição Federal estabelece como requisito para o exercício do direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita) que a notícia que gerou a relação conflituosa. A responsabilidade pela divulgação do direito de resposta é da direção do órgão de comunicação, e não daquele que proferiu as ofensas. O conteúdo do exercício do direito de resposta não poderá acobertar atividades ilícitas, ou seja, ser utilizado para que o ofendido passe a ser o ofensor, proferindo, em vez de seu desagravo, manifestação caluniosa, difamante, injuriosa.

A abrangência desse direito fundamental é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais. Nesse sentido, lembremo-nos da lição de Rafael Bielsa, para quem existem fatos que, mesmo sem configurarem crimes, acabam por afetar a reputação alheia, a honra ou o bom nome da pessoa, além de também vulnerarem a verdade, cuja divulgação é de interesse geral. O cometimento desses fatos pela imprensa deve possibilitar ao prejudicado instrumentos que permitam o

restabelecimento da verdade, de sua reputação e de sua honra, pelo exercício do chamado direito de réplica ou de resposta.¹

No entanto, essas limitações são de direito estrito e excepcional, prevalecendo, no contexto da comunicação social, acentuada marca de liberdade na organização, produção e difusão de conteúdo informativo, o que é expresso de forma inequívoca no *caput* do art. 220, ao delimitar que *“a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”*.

Na mesma linha, o § 1º do art. 220 refere-se expressamente ao conteúdo do art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, da CF, afastando qualquer margem para restrição da garantia fundamental da liberdade de expressão no cenário da comunicação social, pelo que se conclui que o direito à informação, conferido ao cidadão individualmente, implica o reconhecimento de correspondente liberdade aos agentes envolvidos na atividade de comunicação social – emissoras de rádio e televisão, como a quaisquer veículos de imprensa – de não se submeterem a *“qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”* (art. 220, § 2º, da CF).

¹ BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1952. p. 150.

1 . PLURALISMO DE IDÉIAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Historicamente, a liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão,² que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva³.

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente "*o cidadão pode se manifestar como bem entender*", e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta.

No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo

² WILLIAMS, George. Engineers is Dead, Long Live the Engineers in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006; KALVEN JR, Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14.

³ Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; S. 126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6.

do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter perante o público.

No julgamento da ADI 4.815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme aos artigos. 20 e 21 do Código Civil para afastar a possibilidade de “*censura prévia particular*”, consistente na exigência de prévia autorização para divulgação ou publicação de obras biográficas por parte da pessoa biografada, tendo sido ressaltado:

“3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações”.

Nos dispositivos que foram impugnados pela ABERT na ADI 4451, está presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato. A lei pretendeu interditar o conteúdo que se pretende futuramente expressar, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição.

A previsão dos dispositivos impugnados é inconstitucional, pois consiste na restrição, subordinação e forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral, pretendendo diminuir

a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de criticar.

No célebre caso *New York Times vs. Sullivan*, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu ser “*dever do cidadão criticar tanto quanto é dever do agente público administrar*” (376 US, at. 282, 1964); pois, como salientado pelo professor da Universidade de Chicago, HARRY KALVEN JR., “em uma Democracia o cidadão, como governante, é o agente público mais importante”⁴.

Embora não se ignorem certos riscos que a comunicação de massa impõe ao processo eleitoral – como o fenômeno das *fake news* –, revela-se constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade.

A censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos⁵.

O Supremo Tribunal Federal confere especial relevo aos preceitos constitucionais invocados na presente ação, como no julgamento da ADPF 130 (Rel. Min. Ayres Britto,

⁴ The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429.

⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006, p. 319; KALVEN JR, Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429.

Pleno, DJe de 6/11/2009), no qual foi firmado que “a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada”.

Os legisladores não têm, na advertência feita por Dworkin, a capacidade prévia de “fazer distinções entre comentários políticos úteis e nocivos”⁶.

Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre os governantes, que nem sempre serão “estadistas iluminados”, como lembrava o Justice Holmes ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais.

No célebre caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), Justice Oliver Holmes defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias* (*free marketplace of ideas*), em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência

⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006, p. 326.

acompanhada pelo Justice Brandeis, no caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade”.

Ronald Dworkin, mesmo não aderindo totalmente ao *mercado livre das ideias*, destaca que:

“a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos”⁷.

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou oposicionistas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático⁸.

Todas as opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

⁷ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes: 2006, p. 324.

⁸ KALVEN JR., Harry. The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435 ss.

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional, sob pena de posterior responsabilização.

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirma, que a liberdade de expressão:

“constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, ela vale não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe «sociedade democrática».” (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

Lembre-mos que, nos Estados totalitários no século passado – comunismo, fascismo e nazismo –, as liberdades de expressão, comunicação e imprensa foram suprimidas e substituídas pela estatização e monopólio da difusão de ideias, informações, notícias e educação política, seja pela existência do serviço de divulgação da verdade do partido comunista (*pravda*), seja pela criação do Comitê superior de vigilância italiano ou pelo

programa de educação popular e propaganda dos nazistas, criado por Goebbels; com a extinção da multiplicidade de ideias e opiniões, e, conseqüentemente, da Democracia.

Essa estreita interdependência entre a liberdade de expressão e o livre exercício dos direitos políticos, também, é salientada por Jonatas E. M. Machado, ao afirmar que:

“o exercício periódico do direito de sufrágio supõe a existência de uma opinião pública autônoma, ao mesmo tempo em que constitui um forte incentivo no sentido de que o poder político atenda às preocupações, pretensões e reclamações formuladas pelos cidadãos. Nesse sentido, o exercício do direito de oposição democrática, que inescapavelmente pressupõe a liberdade de expressão, constitui um instrumento eficaz de crítica e de responsabilização política das instituições governativas junto da opinião pública e de reformulação das políticas públicas... O princípio democrático tem como corolário a formação da vontade política de baixo para cima, e não ao contrário”⁹.

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou, – como pretendido nos dispositivos impugnados – no controle do juízo de valor das opiniões dos meios de comunicação e na formatação de programas humorísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

⁹ MACHADO. Jonatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Editora Coimbra: 2002, p. 80/81.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de opinião, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de Hegel, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

A liberdade de expressão permite que os meios de comunicação optem por determinados posicionamentos e exteriorizem seu juízo de valor; bem como autoriza programas humorísticos e sátiras realizados a partir de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo, como costumeiramente se realiza, não havendo nenhuma justificativa constitucional razoável para a interrupção durante o período eleitoral.

Note-se que, em relação à liberdade de expressão exercida por meio de sátiras – mesmo analisando em hipótese menos grave que a tratada na presente ação, pois não houve censura prévia, mas sim pedido de responsabilização posterior –, a Corte Europeia de Direitos Humanos referendou sua importância no livre debate de ideias, afirmando que “a sátira é uma forma de expressão artística e de comentário social que, além da exacerbação e a deformação da realidade que a caracterizam, visa, como é próprio, provocar e agitar”. Considerando a expressão artística representada pela sátira, a Corte entendeu que:

“sancionar penalmente comportamentos como o que o requerente sofreu no caso pode ter um efeito dissuasor relativamente a intervenções satíricas sobre temas de interesse geral, as quais podem também desempenhar um papel muito importante no livre debate

das questões desse tipo, sem o que não existe sociedade democrática”. (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

São inconstitucionais, portanto, quaisquer leis ou atos normativos tendentes a constringer ou inibir a liberdade de expressão a partir de mecanismos de censura prévia (*Smith vs. California*, 361 U.S. 147, 1949; *Speiser vs. Randall*, 357 U.S. 513, 1958), como na presente hipótese, em que os dispositivos legais impugnados interferem prévia e diretamente na *liberdade artística* – ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria criatividade, elemento componente da liberdade de expressão, estabelecendo a vedação, durante o período eleitoral, de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo*” que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos ou coligações – e na *liberdade jornalística e de opinião* – ao pretender impedir a difusão de “*opinião favorável ou contrária*” a candidatos, partidos e coligações.

Em face desses argumentos, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III (na parte impugnada), da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo,

em face da impossibilidade de realização de qualquer tipo de censura prévia sobre o conteúdo difundido por emissoras de rádio e televisão durante o período eleitoral.

CONCLUSÃO

A história demonstra que a liberdade de expressão tem lugar central na constitucionalização dos Direitos Fundamentais e, juntamente com a universalização da educação e o direito de sufrágio, como afirmado por Thomas Jefferson, é um dos pilares do governo republicano, pois pretender suprimi-la é tentar alcançar a proibição ao próprio pensamento, e, conseqüentemente, tentar obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal.

A Constituição Federal consagra ampla proteção às manifestações de opiniões dos meios de comunicação e a liberdade de criação humorística, pois a liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático; impedindo toda e qualquer ingerência estatal prévia no direito de criticar, satirizar e opinar durante o processo eleitoral.

A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva; sendo, portanto, constitucionalmente impossível a restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos

normativos cerceadores durante o período eleitoral; e, conseqüentemente, inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático.

O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

BIBLIOGRAFIA

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006.

KALVEN JR, Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14.

MACHADO. Jonatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Editora Coimbra: 2002.

WILLIAMS, George. *Engineers is Dead, Long Live the Engineers in Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15.

BREVES REFLEXÕES SOBRE AS
EFICÁCIAS DIRETA E
INDIRETA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS:

ENTRE A DIGNIDADE HUMANA NA CF88
E A DIGNIDADE DO DIREITO PRIVADO

Cláudia Mansani Queda de Toledo

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Advogada, Doutora em Direito Constitucional pela ITE-Bauru
Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP
Reitora do Centro Universitário de Bauru da Instituição Toledo de Ensino
Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado da ITE

INTRODUÇÃO

Após 30 anos de vigência da CF88 há consenso relevante a afirmar no Brasil a expansão da jurisdição constitucional, alicerçada pelo reconhecimento e positivação da dignidade humana, da supremacia da constituição e da projeção da mesma como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

O processo de redemocratização que culminou na elaboração constitucional de 1988 trouxe ao centro da atuação jurisdicional a primazia dos direitos fundamentais como comandos imperativos de observância não somente na função judiciária, como também, na legislativa e na executiva.

A esse cenário se soma, para a defesa da Constituição, o crescimento numérico das ações de controle de constitucionalidade, nas vias concentrada e difusa, tanto no Supremo Tribunal Federal como nos Tribunais Estaduais, a exemplo do que ocorreu em 2017 no Tribunal de Justiça de São Paulo, nos julgamentos pelo seu respectivo Órgão Especial em estatísticas divulgadas ao público pela *Internet* segundo as quais houve um aumento em relação ao ano anterior de 13% das ações diretas de inconstitucionalidade¹.

Não obstante a alguns desafios interpretativos em face da CF88, esta erigiu-se ao lugar merecido nestes 30 anos de vigência, em resposta aos *anos de chumbo* por todos conhecidos que a antecederam, e passa a ser reconhecida como o grande escudo para a proteção democrática da República. Mas, é neste contexto que se torna oportuna a

¹ <https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/2017-tj-sao-paulo-barrou-815-leis-inconstitucionalidade>

presente reflexão sobre as suas influências em relação à outra integridade, a de um sistema de igual importância para as relações democráticas: a higidez do ordenamento jurídico privado.

A preocupação com esse sistema infraconstitucional inverso ao público se faz importante porque a consolidação na CF88 das protetivas de direitos fundamentais projetam seus efeitos a partir de uma irradiação constitucional em face dos diversos ramos do direito, em cujo objeto cingem-se estas colocações que se prestam a analisar alguns aspectos desta influência e de suas consequências na forma de aplicação das normas constitucionais.

A abordagem responsável do tema necessita de uma ressalva, de que este não é um estudo de direito privado, mas sim, refere-se ao desenvolvimento de um raciocínio sobre as consequências da centralidade constitucional perante o mesmo, adstrita ao âmbito específico das relações deste ramo do direito com os direitos fundamentais, para buscar o alcance teórico sobre as eficácias direta e indireta e seus efeitos nas relações entre particulares.

Esta construção não pode se resignar ao acolhimento de argumento de superfície em afirmar que a CF88 irradiou-se para as normas do direito privado o que é, de fato, uma realidade inconteste. Mas deve ser pautada pela cautela científica reclamada pelo tema que é o desvelar da ideia de que o problema se situa na forma como se teorizou sobre tal influência no Brasil e os seus reflexos para a incolumidade da estrutura normativa das relações privadas, com vistas a evitar o abalo da segurança jurídica e da própria integridade do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Antes de expandir as reflexões sobre as referidas teorias e buscar construções sobre a aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais é necessária a distinção como premissa das situações em que haja ou não a existência de comando legislativo de mediação para o caso concreto, pois diante da hipótese de não haver esta norma para a mediação, não haveria dúvidas sobre a aplicação imediata desta categoria de direitos.

Assim, circunscreve-se o objeto presente a analisar as teorias mediata e imediata para quando há ao mesmo tempo a previsão de solução do conflito tanto pela via da aplicação direta dos direitos fundamentais como pela via indireta (cláusulas gerais, por exemplo), por meio da aplicação das normas infraconstitucionais de direito privado e, esta situação pede soluções que desafiam a escolha das referidas formulações teóricas.

As origens das teorias mediata e imediata são imprescindíveis à argumentação sobre a compreensão das mesmas e a menção de uma premissa importante, qual seja, a da existência de influxos recíprocos, tanto da sobreposição de interpretação dos institutos do direito privado pela influência constitucional, tanto pelo movimento contrário, caracterizado pela inserção no próprio texto constitucional de diversos institutos próprios das formulações do direito civil.

Essas relações entre ramos do direito reclamam da tutela jurisdicional uma demarcação doutrinária que defina de maneira segura a aplicação dos direitos fundamentais e o respeito ao ordenamento infraconstitucional privatista em prol da segurança jurídica.

Passa-se assim a uma breve análise das teorias mencionadas sobre as relações dos direitos fundamentais e o direito privado.

1. AS TEORIAS MEDIATA E IMEDIATA DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS ORIGENS QUANTO À AUTORIA

Ao adentrar o tema das teorias, também denominadas direta e indireta, nova advertência se faz importante, a de que o tema tem inúmeras abordagens doutrinárias que se polarizam entre os adeptos de uma e de outra forma de eficácia. No entanto, o presente estudo não se refere a adoção de um ou outro modelo, mas sim o que trazer à lume que, em se adotando uma ou outra das elaborações científicas, importa-nos a devida previsibilidade dos efeitos desta escolha tanto no ordenamento jurídico como em unicidade, como também, na aplicação da técnica que alie o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio basilar a orientar os direitos fundamentais mas que, em igual intensidade, mantenha íntegra a construção normativa do direito privado, responsável pela infinidade de demandas judiciais que envolvem as relações entre particulares.

Com a vênua de reiterar, após quase 30 anos de vigência da CF88 e na qualidade de estudiosa do direito constitucional, ao escrever sobre o presente estudo, é preciso confessar a existência de um ímpeto de sentimento *constitucionalista* de apreço e de defesa incondicional da eficácia imediata dos direitos fundamentais mas, no entanto, a abertura cognitiva ao tema requer mais de nós pesquisadores, para trazer ao debate os contrapontos teóricos nesse sentido.

De se observar que o fato de se aplicar diretamente direitos fundamentais nas soluções de conflitos de direito privado não significa necessariamente um prestígio à ordem constitucional mas, ao contrário, um risco para sua ordem de valores na medida em que, por muitas vezes, esta aplicação direta poderá significar o esvaziamento do conteúdo com aberturas até mesmo que fomentam um limite de ativismo judicial, tendo em vista a vagueza por vezes das normas constitucionais de direitos fundamentais quando comparada à ordem de direito privado, sem contar-se o tangenciar de banalização na aplicação de preceitos constitucionais.

Nesta linha de investigação, de rigor a menção necessária ao prestigioso trabalho inscrito em tese de livre-docência² de Otávio Luiz Rodrigues Junior, no sentido da autonomia epistemológica do direito civil em face da CF88 e dos direitos fundamentais que, em significativa intensidade, contribuiu em traço de abertura teórica ao tema ora proposto.

Assim, a vigência da Constituição de 1988 é um imperativo lógico de confronto e validade com a legislação infraconstitucional, o que se observa por meio da consolidação da supremacia constitucional concretizada em diversos institutos como o controle de constitucionalidade e também pela própria tradição em nosso sistema do *civil law* e, por este contorno, os doutrinadores não podem se furtar ao comento do diálogo necessário entre o direito constitucional e os demais ramos do direito, objeto deste estudo, especificamente, o direito privado.

² Tese de livre-docência apresentada em dezembro de 2017 intitulada Distinção Sistemática e Autonomia Epistemológica do Direito Civil Contemporâneo em face da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

A identificação do problema surge a partir da consolidação dos direitos fundamentais no seio da CF88 a se definir de que forma estes produzirão seus efeitos quanto à sua aplicação direta ou indireta.

Como técnica para a apreensão de seus sentidos, utilizar-se-á da análise das teorias a partir de seus autores, com início na eficácia direta. Assim, a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nasce por influência internacional de seu criador, Hans Carl Nipperdey, que teve grande parte de sua vida, 1895 a 1968, sob o nacional socialismo alemão e foi o primeiro presidente do BAG, Tribunal Federal do Trabalho Alemão, equivalente ao Tribunal Superior do Trabalho no Brasil.

Advinda de seus estudos e do processo histórico por ele vivenciado, a formulação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais teve reflexos tanto no direito do trabalho como no direito civil, cuja feição, em 1954, trouxe por primeiro uma produção sob o título Dignidade Humana, seguida da obra Direitos Fundamentais e Direito Privado em 1962, após o julgamento do emblemático Caso Luth³.

A teoria da eficácia imediata tem como seu mais relevante ponto de partida o de que a dignidade humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico sob o qual, todos, inclusive os particulares, devem ser submetidos, pois se afigura como direito subjetivo.

³ Caso Luth, envolvendo a liberdade de expressão de Luth em boicotar o filme *Amante Imortal* e de outro o cineasta que foi conduzido à bancarrota em razão de suas manifestações pretéritas em favor do nazismo por meio da veiculação de outras produções de cinema.

Segue-se a embasar sua teoria a ideia de que o Estado Social vincula diretamente a todos os particulares para a observância direta dos direitos fundamentais.

Alguns casos de julgamento ficaram famosos com o reconhecimento e aplicação da eficácia direta na Alemanha como a anulação do acordo de trabalho que previa as *cláusulas de celibato*⁴ que proibiam o casamento durante o vínculo laboral e autorizavam a rescisão contratual, em 1957, e depois, a anulação dos contratos que traziam cláusulas de critérios de remuneração diversas entre homens e mulheres, este em 1955, todos julgados no BAG, o tribunal trabalhista do pós-guerra alemão.

Em evidência, sob o aspecto de concretização da justiça alemã, foram significativas as contribuições para o prestígio aos direitos fundamentais. Na esteira de Nipperdey, “a constituição garante o ordenamento jurídico privado em seus elementos essenciais e concede a ele proteção, firmeza e liberdade perante o Estado”⁵. Para o autor, toda a garantia do direito privado assenta-se na existência de um sistema de direitos fundamentais como instrumento protetivo do ordenamento privado.

Nesses julgados refutou-se expressamente os textos sobre a eficácia indireta, de autoria de Gunther Durig, inscritos em seus estudos denominados Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil, com o fundamento para afastá-los de que a liberdade contratual sujeita-se à ordem constitucional e aos seus valores instituídos.

⁴ BAG 4, 274, publicado em DOV 1958, 780.

⁵ DURIG, Gunther, NIPPERDEY, Carl e SCHWABE, Jurgen. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos Clássicos, tradução de Luis Afonso Heck, Porto Alegre-RS, Fabris, 2012, p. 57.

Mas, foi apenas a partir de 1984, que o BAG passa a utilizar-se da eficácia indireta dos direitos fundamentais, quando julga uma demissão por objeção de consciência (BAG 47, 363, publicado em NJW 1986, 85), em que um empregado nega-se a cumprir ordens em uma gráfica sob a justificativa de convicções pessoais. Foram julgados de um lado o direito do empregador de fazer cumprir suas ordens e, de outro, a objeção de consciência para a negativa de trabalhos que o empregado considerava referentes ao passado alemão bélico. Aplicou-se no caso o entendimento do TCF-Tribunal Constitucional Federal recomendando a intermediação interpretativa por meio das cláusulas gerais inscritas como fonte do direito privado e então de que, por primeiro, se analisa o caso em face do direito privado para se extinguir um contrato unilateralmente e, somente após, se poderá recorrer à ordem de valores dos direitos fundamentais⁶.

Neste caso, o Tribunal entendeu que deveria se valer da cláusula geral civilista para impedir o empregador da imposição de trabalho ao empregado que lhe impusesse uma “ofensa irrazoável” as suas convicções. Durig, a este tema das cláusulas gerais, com contundência mencionava que “o publicista pode ficar somente cheio de inveja em olhar para o sistema desenvolvido no direito privado com o auxílio das cláusulas gerais e de suas possibilidades de defesa”⁷.

⁶ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Distinção Sistemática e autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos Fundamentais, Tese de livre docência, 2017, p. 485.

⁷ DURIG, Gunther, NIPPERDEY, Carl e SCHWABE, Jurgen. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos Clássicos, tradução de Luis Afonso Heck, Porto Alegre-RS, Fabris, 2012, p. 36.

Para complementar, em sede de eficácia indireta, continue-se na menção a descrever Gunther Durig, seu defensor, que propôs em seu primeiro texto, em 1956, a autonomia do direito civil e a premente necessidade de respeito ao ordenamento jurídico privado como relevantes instrumentos da observância dos direitos fundamentais.

Sobre a teoria oposta, a direta, o Brasil tem demarcações doutrinárias relevantes quando agrega defensores desta modalidade e, de outro lado, o Supremo Tribunal Federal, no dizer de Virgílio Afonso da Silva “nunca se dedicou a desenvolver uma tese sobre o problema ou a aplicar algum modelo a tais casos”⁸. O autor quis com isso registrar que não há uma uniformização sobre o tema, ficando relegado ao caso concreto e às convicções dos relatores, a escolha da eficácia direta ou indireta.

Na Corte Suprema, cite-se o julgamento emblemático sobre a aplicação direta da expulsão de associado no julgamento de 2005, que aplicou diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa mencionando como fonte a CF88, conforme RE 201.819, em que foi relatora a Ministra Ellen Grace e o relator para o V. Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, na segunda turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006).

Há igualmente alguns outros casos em que o Supremo Tribunal Federal optou por afirmar os seus julgamentos a partir de uma violação de direitos fundamentais, ao invés de reconhecer que ocorria um evidente desrespeito às normas estatutárias de uma pessoa jurídica de direito privado, a ser solucionada no âmbito do direito civil, mas tomou-se a via do Recurso Extraordinário, conforme RE 158.215. Neste caso específico,

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito, São Paulo, Malheiros, p. 93.

a expulsão de associados sem se observar o regramento estatutário quanto ao direito de defesa, o qual passou de ser um desrespeito às normas de direito privado para tornar-se o reconhecimento de violação de direitos fundamentais.

São duas as críticas quanto à aplicação direta de direitos fundamentais, a primeira o atingimento da autonomia privada, que não se aplica ao caso deste julgamento mencionado, embora pedra basilar do direito privado e, a segunda, de que a aplicação direta de direitos fundamentais retira das relações entre particulares, a clareza dos comandos normativos.

Não se pode confundir a aplicação direta dos direitos fundamentais com a necessidade de relativização dos direitos fundamentais quando o conflito é entre particulares, ambos titulares de direitos fundamentais. Aplicar os direitos fundamentais de forma direta, ao arrepio do ordenamento infraconstitucional quando é aplicado ao caso, no dizer de Konrad Hesse, retira a clareza e a certeza jurídicas, essenciais às relações jurídico-privadas, que ficam sensivelmente comprometidas⁹.

A subtração desses elementos necessários à realização da justiça promovem de uma forma reflexa um enfraquecimento da própria ideia de concretização de direitos fundamentais. É como se ministrar um remédio para a dor que não alcance a causa. Em primeiro momento há uma aparência de sublimação da dor, mas o reflexo de não

⁹ HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg, CG Mulher, 1988, p. 23.

se curar a causa é nefasto, no enfraquecimento do paciente, no caso, o próprio sistema de direitos fundamentais.

Em metáfora simplista: corre-se o risco de banalização dos ditames constitucionais com o seu posterior esvaimento como ordem objetiva de valores.

Observe-se, por exemplo, a hipótese de aplicação do princípio da igualdade inscrito na CF88 em seu conceito de máxima inclusão democrática para tornar os sócios ou associados desiguais como participantes em igualdade e paridade na representação societária. Na ordem privada, a desigualdade é inerente à proporcionalidade de representação e, igualá-los, seria exterminar as ideias de majorias e minorias societárias quanto às suas participações. Ao desrespeito das normas de direito privado, claro, com vênias para o exagero do exemplo, a aplicação do direito fundamental à igualdade levaria à bancarrota a estrutura dos estatutos reguladores do direito privado.

2. A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO DIREITO PRIVADO COMO ALIADA DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CF88 NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dentre os postulados do Estado Democrático de Direito está o da conformação de uma sociedade permeada pela proteção integral de suas rotinas e relações intersubjetivas

em que as instituições dela participantes vinculem-se a um ordenamento jurídico pleno de efetividade e de segurança.

Nesse cenário almejado para a efetividade jurídica e social da CF88, a certeza da aplicação dos direitos fundamentais tem por objetivo a máxima efetividade constitucional a demonstrar a superação do conceito de constituição como a mera *carta política* de La Salle, distante da cidadania em suas relações cotidianas, para entendê-la como o instrumento de transformação ao aperfeiçoamento da sociedade democrática.

Nesta junção de conceitos, de Estado Democrático de Direito e de efetividade das normas constitucionais, refletir sobre estas teorias - direta e indireta -, deve ter como baliza o fato de que a definição de uma sociedade como democrática ou não se faz aliada a outros fatores, como por exemplo, pela sensação de justiça obtida pelos cidadãos nos conflitos que envolvem as suas expectativas e consolidações diárias e que são, em regra, reguladas pelo direito privado. São os casos de relações de consumo, conflitos de direito de família cada vez mais frequentes, aqueles relativos à responsabilidade civil, contratos, dentre outros, e que vinculam particulares nos polos ativo e passivo.

Para além, a função do próprio ordenamento jurídico-privado na efetividade dos direitos fundamentais e consolidação democrática está justamente na riqueza de suas previsões e de suas correlações existentes no direito privado, nas quais se assentam a certeza da observância dos princípios constitucionais, inclusive da própria dignidade humana como princípio máximo da CF88.

Assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais na sociedade democrática deve ser observado sempre e, para concretizar esta categoria de direitos tal como proposto no Estado Democrático de Direito, é que se propõe a reflexão sobre o papel do ordenamento privado nesse sentido, pois é factível a afirmação de que muitos dos direitos fundamentais se efetivam por meio da aplicação do ordenamento jurídico infraconstitucional privado nas soluções de conflitos.

A partir da multiplicidade de previsões inscritas no direito privado é que se exclui a sensação de abstração e vagueza das previsões constitucionais. Enfim, a grande garantia da efetividade dos direitos fundamentais decorre da técnica inserida na mediação legislativa do direito privado. Não é desprovida de razão a afirmação de que a defesa da dignidade do ordenamento relativo às relações jurídicas privadas é a maior aliada da conservação da CF88 como uma ordem objetiva de valores. Afinal, não se protege a propriedade sem o auxílio do direito civil, não se tutelam as relações de família sem a legislação atinente aos alimentos, à guarda, aos dispositivos civilistas.

As observações anteriores procuram demonstrar que não há melhor forma de protegê-los – os direitos fundamentais - do que definir como meio de aplicação da norma constitucional, a forma mediata, na qual o ordenamento privado cumpre o seu papel na solução de conflitos e confere às relações de direito privado a devida dignidade, prestigiando-lhe na solução dos conflitos em prol da paz social.

É possível afirmar que *dignidade* do direito privado tem sua função na preservação da dignidade humana em significativa intensidade.

Esses componentes doutrinários que envolvem eficácia, ordenamento infraconstitucional de direito privado e direitos fundamentais, são partes essenciais de um todo no Estado Democrático de Direito pois, “o pensamento nunca avança em linha reta, eis que toda a verdade parcial só assume sua verdadeira significação por seu lugar no conjunto, da mesma forma que o conjunto só pode ser conhecido pelo progresso no conhecimento das verdades parciais. A marcha do conhecimento aparece assim como uma perpétua oscilação entre as partes e o todo que se devem esclarecer mutuamente¹⁰.

Essas composições do pensamento sobre o tema demonstram que as aproximações dos institutos e das formulações teóricas sobre a eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais não se podem conceber isoladamente enquanto conceitos, mas sim, de que os mesmos derivam de uma conciliação de partes que formam a totalidade sobre o tema.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS À COMPREENSÃO DA TOTALIDADE

As reflexões apostas neste breve estudo sobre as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais em suas relações com o direito privado conduzem às prévias conclusões de que ambas tem origem de formulação por autores com influência do direito alemão, com vivências históricas diferentes das concretizadas no Brasil e, por

¹⁰ GOLDMANNM, Lucien. *Dialética e Cultura*, 1ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 1967, p. 5.

esta razão, necessitam de filtros não somente para a aplicação, mas também, para que se mensure suas consequências, notadamente pelos riscos de enfraquecimento da própria ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais, ao risco de sua aplicação direta e consequente banalização.

A significativa influência do rol de fundamentalidade inscrito na CF88 traz ao poder decisório no âmbito jurisdicional a necessidade de uma organização teórica sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Por primeiro, para que não se desfigurem as suas dimensões objetiva e subjetiva em prol da unidade do sistema normativo mas, que também, ao mesmo tempo, não os transforme, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, em panacéia argumentativa (“*coringa argumentativo*”, no dizer de Ingo W. Sarlet, no texto Direitos Fundamentais e Direito Privado – Notas sobre a influência dogmática Alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no Direito Brasileiro, in RDCC, Vol 12, p. 63-88, Jul-Set 2017), de forma a banalizar a utilização instrumental e a desprestigiar as construções do direito privado incidentes aos casos concretos.

Da mesma forma, há de se preservar o verdadeiro sentido principiológico da dignidade humana dedicando-se a mesma cautela ao sistema infraconstitucional de direito privado, eis que entre ambos há uma relação de dependência, em reciprocidade, na medida em que a premissa da *dignidade* de ambos condiciona-os mutuamente.

Diante desta junção de conceitos que envolvem a supremacia da constituição, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito privado,

surge portanto a necessidade de rigor teórico para trabalhar o tema ora proposto: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na CF88, tendo em vista também a necessidade de respeito ao princípio constitucional da separação das funções do poder que reclama a preservação da legislação infraconstitucional de direito privado.

A análise da conjuntura daqueles que formulam as teorias deve, para além de qualquer questão ideológica, ser analisada enquanto sujeitos históricos e que imprimem em suas construções científicas a projeção do arcabouço vivenciado por eles.

Alcança-se nestas breves reflexões a importância da verticalização dos estudos sobre a eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais cujo fundamento de validade é a dignidade humana enquanto princípio constitucional, mas que também deve levar consigo, a *dignidade* para o ordenamento de direito privado, responsável pelas rotineiras formulações democráticas da cidadania.

Conclui-se, ao final, sob o ponto de vista de construção do conhecimento, sobre o risco de um sentimento constitucional simplista que, ao optar por vezes pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais, notadamente aquelas que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, não mensura as consequências do enfraquecimento do ordenamento jurídico infraconstitucional privado, que se afigura, na verdade, como principal instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Aplicar diretamente a dignidade humana para as vias de eficácia direta dos direitos fundamentais, dissociada das formulações do direito privado quando existentes no

ordenamento jurídico infraconstitucional, desafia o conceito de totalidade e implica uma formulação complexa em que cada fenômeno somente será compreendido como um momento definido em relação a si e em relação aos outros fenômenos. A totalidade, nesse sentido, não se contempla apenas com a soma das partes, mas sim, resulta da forma como se dá a relação entre elas¹¹.

Com vistas ao respeito dessas reordenações recíprocas de significados dos institutos é que passa-se a seguir ao desenvolvimento metodológico da construção do conhecimento, por meio de uma caminhada metodológica que preserve a discutibilidade científica a respeito do tema, eis que coadjuvantes do processo de conhecimento, quais sejam, a corrosividade histórica e a contingencial das verdades científicas nas dinâmicas jurídico-sociais.

Desta forma, não se pretende traçar uma zona de exclusão da aplicação dos direitos fundamentais para uma prevalência absoluta dos ditames constitucionais, e nem ao contrário, em que se sobreponham as normas de direito privado sobre os primeiros, mas sim, refletir a respeito das teorias da constitucionalização que conduziram ao diálogo da aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais, almejando para o aperfeiçoamento da ciência do direito como paradigma maior neste diálogo teórico para uma perspectiva da construção do conhecimento na preservação da segurança jurídica das relações entre particulares.

¹¹ CURY, Carlos R. Jamil. *Educação e Contradição*, São Paulo, Cortez, 1970, p. 36.

Nesta oscilação, assenta-se que a à proteção da própria dignidade humana como ditame constitucional necessita, para sua intensa concretização, do ordenamento jurídico infraconstitucional de direito privado a completar-lhe os seus objetivos e superar a vagueza para o alcance de seu sentido na tutela jurisdicional das relações entre particulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CURY, Carlos R. Jamil. *Educação e Contradição*, São Paulo, Cortez, 1979, p. 36.

DURIG, Gunther, NIPPERDEY, Carl e SCHWABE, Jurgen. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos Clássicos*, tradução de Luis Afonso Heck, Porto Alegre-RS, Fabris, 2012, p. 36.

GOLDMANNM, Lucien. *Dialética e Cultura*, 1º ed., São Paulo, Paz e Terra, p. 5.

HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg, CG Mulher, 1988, p. 23.

RODRIGUES JR., *Tese de livre-docência apresentada em dezembro de 2017 intitulada Distinção Sistemática e Autonomia Epistemológica do Direito Civil Contemporâneo em face da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Notas sobre a influência dogmática Alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no Direito Brasileiro*, in RDCC, Vol 12, p. 63-88, Jul-Set 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo, Malheiros, p. 93.

OS DIREITOS E O DIREITO

Filipe Antônio Marchi Levada

FILIFE ANTÔNIO MARCHI LEVADA

Juiz de Direito do Estado de São Paulo

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

RESUMO

Analisados prospectiva e retrospectivamente, os direitos referentes ao ser terão sido sempre direito. Ainda que em um tempo futuro, serão necessariamente declarados pela ordem jurídica, que deve proteger não somente os direitos reconhecidos mas também os reconhecíveis. Tomando os direitos subjetivos nesta perspectiva, garante-se a existência de uma sociedade democrática e plural, reafirmando-se as liberdades humanas contra pretensões autoritárias.

Palavras-chave: Direito, ordem, liberdade, direito subjetivo, direitos humanos

ABSTRACT

Analyzed prospectively and retrospectively, the rights related to being will have always been right. Although in a future time, they will necessarily be declared by the Law, which must protect not only the recognized rights but also the recognizable ones. Taking the subjective rights in this perspective, the existence of a pluralistic and democratic society is guaranteed, reaffirming human rights against authoritarianism.

Key words: Law, order, freedom, subjective right, human rights

1. Os direitos e o Direito

O Direito constitui uma ordem – uma “disposição conveniente de seres, para a consecução de um fim comum”¹. Porém, uma ordem não se origina em si mesma. Antes dela, existe aquilo que será ordenado. E nem tudo pode ser ordenado.

Uma ordenação não pode ordenar o que não existe. Seria falseamento de ordem. Não poderia, tampouco, ordenar objeto de natureza incompatível com a ordem. Constituiria ideia arbitrária de ordem. Os objetos ordenados devem ser passíveis de coexistência na ordenação. Do contrário, não haverá ordem nem desordem. Haverá não ordem.

Há sólidos, por exemplo, que, sob dada temperatura e pressão, fundem-se. Fundidos, passam a ser um único objeto ao invés de dois. E, ao se tornarem um só objeto, deixa, ali, de existir ordem, pois esta pressupõe mais de um objeto a ser ordenado. A ordem “implica multiplicidade e unidade. Ela é, realmente, a dominação da unidade sobre o múltiplo”². Há, portanto, ordens fisicamente impossíveis.

De igual modo, existem ordens eticamente impossíveis. Certos elementos não podem ser objeto de uma ordenação ética. São elementos que, por sua natureza, simplesmente são. Quanto a eles, o ordenamento poderia, no máximo, sob o ponto de vista lógico, declarar

¹ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 195. Valho-me da obra para chegar ao conceito de *ordem*, mas adoto solução diversa, na medida em que analiso a *não ordem* como não sinônima à desordem. Ao lado das ideias de *ordem* e de *desordem* deve-se conceber a de *não ordem*. Um quarto vazio não representa ordem nem desordem; ali, quanto a este aspecto, há o nada.

² Idem, p; 196.

seu estado de ser, jamais dispor que não sejam, ou que se ordenem de maneira tendente ao não ser. Tais elementos podem ser declarados mas não desconstruídos. São e não podem deixar de ser. São com declaração e são sem declaração. Nenhuma ordenação ética poderá dizer que não sejam. São desde sempre e para sempre.

Esta afirmação não contrasta com a possibilidade de que ordenamento ético trate de elementos próprios das ordens físicas, pois o Direito é formado por proposições lógicas do mundo do dever ser, podendo “atuar em um plano ideal, ou seja, do dever-ser e não do ser”³. O mundo do dever ser não é incompatível com o do ser. Só não pode, o dever ser, dizer que o ser não seja, pois aniquilaria a si mesmo.

A ordem não deve, de uma maneira geral, tratar daquilo que não é da natureza da ordem, e, se o fizer, deverá proceder apenas confirmando que o ser é e será. E assim o faz, por exemplo, ao declarar direitos fundamentais, explicitando-os para que sejam confirmados e ganhem carga de coerção; para que sejam efetivos no sistema objetivo.

Insista-se nisto: quanto às coisas que são, o dever ser será sempre declaratório, ainda que com fins protetivos. Não se declarará que um ser humano é uma coisa, a menos que por arbitrariedade. No entanto, se o fizer, esta ordem não terá sido jurídica, porque “é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e

³ in RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13-14.

dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público”⁴.

Fica assentado, assim, que – embora não só – o Direito declara, com fins de proteção.

Por sua vez, apenas se declara o que existe. Ainda que a declaração repouse sobre uma ideia, esta há de ter conteúdo. Não se declara o nada. O que está declarado já existia antes da declaração. A declaração é feita para que o direito (declarado) ganhe a proteção conferida pelo direito objetivo.

Porém, não é necessário que o ser esteja declarado para que seja reconhecível. O reconhecimento do ser é inescapável. Ainda que se diga, como já se disse, que um ser humano é uma coisa, o ser humano jamais terá sido uma coisa. Sempre existiu como humano. Afinal, “a rose is a rose is a rose”.

O ser não pode existir como não ser nem mesmo no plano das ideias. Seriam não ideias. O ser deve sempre e necessariamente existir. Portanto, antes de ser declarado já teria que ser declarado. No momento em que foi declarado, já teria que ter sido declarado antes. Prospectiva e retrospectivamente, terá sido sempre direito.

O Direito não nasce de uma ruptura arbitrária. É, ao contrário, fruto de um passado que se conecta com o presente e encontra nele o seu fundamento. O que eventualmente

⁴ in RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. anot. atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

aparenta ruptura é fruto de maturação cultural. François Ost explicita que a ordem nasce de: “(...) um elo que não pára de se estender em direcção a um passado que nunca deixou de irradiar em direcção ao presente. (...) a anterioridade da fundação era apenas fingida e retrospectiva. De uma certa forma, ela era igualmente real e prospectiva. Ora, se isso é verdade, como acreditamos ser, então já não podemos defender que o momento fundador opera apenas no vazio e na violência, ou que só tem de prestar contas a si mesmo (...)”⁵. E fundamenta: “(...) a análise do futuro anterior do momento fundador (quando se tiver imposto, já terá sempre sido legítimo) faz-nos retomar a dialéctica do tempo instituinte e do tempo instituído. Está na natureza do tempo instituinte inverter-se nas formas estáveis do tempo instituído”⁶.

Como jamais poderia não ser, ainda que na forma de ideia ou de declaração de ideia, o ser sempre conteve em si a declaração de ser. É ser em essência e dever ser em consequência. É, alegoricamente, direito antes do Direito.

⁵ in OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 75/77.

⁶ Idem, p. 77.

2. O sujeito dos direitos

Adotada esta premissa, há sujeito de direito independentemente do Direito. Todo indivíduo possui, ao menos, o direito de ter direitos. Do contrário, o Direito deixaria de se destinar ao sujeito e acabaria por não se justificar teleologicamente, pois “(...) é feito e existe para o homem individualmente e socialmente considerado”⁷, de modo que “o eu é a razão do dever ser: tal é (...) a norma fundamental, o imperativo categórico de toda a ordem ética”⁸.

Merece reparo a observação que lança Hans Kelsen ao afirmar que a noção de sujeito jurídico teria conotação ideológica e finalidade de “defender a instituição da propriedade privada da sua destruição da ordem jurídica”⁹. A razão do conceito é lógica, não ideológica, e diz respeito ao ser, não ao ter. O sujeito do ter pode dispor do direito, e a coletividade desses sujeitos poderia dispor coletivamente de seus direitos. Não é, pois, a noção de sujeito de direito que impede o fim da propriedade privada, mas a falta de desejo da coletividade de que isto ocorra. Não obstante, à crítica se poderia lançar objeção idêntica, pois sugere ideologia oposta – ou, ao menos, a ideologia de não se ter ideologia.

Massimo La Torre demonstra que, ao formular tese que justificaria o nacional-socialismo, Karl Larenz também negou a existência do sujeito de direito, atribuindo ao indivíduo

⁷ in RÁO, Vicente. *op. cit.* p. 632.

⁸ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, Ano n/d. 2º tomo. p. 477.

⁹ in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 120.

apenas uma posição jurídica perante a comunidade e não o direito de ter direitos. Afirma Massimo La Torre que a "(...) capacidade abstrata de cada ser humano de ser 'pessoa', sujeito de direito, vale dizer, titular potencial de todos os direitos possíveis, ou – como diria Hannah Arendt – titular do 'direito de ter direitos', é substituída – segundo Larenz – pela capacidade concreta da Volksgenosse, cujo alcance é determinada pela capacidade específica de ocupar uma dada posição na estrutura social da comunidade"¹⁰.

As críticas ao conceito de sujeito de direito dão dimensão do tamanho de sua importância, e, ao invés de enfraquecê-lo, reafirmam-no. Uma ordem concebida por pessoas e para pessoas não pode negar a figura do sujeito de direito, afinal "pessoa, no mundo do Direito, é a ENTIDADE TITULAR DE DIREITOS SUBJETIVOS. Para o Direito, pessoa é o SUJEITO DE DIREITO"¹¹.

Em havendo sujeito, existe Direito, e vice-versa.

¹⁰ in TORRE, Massimo La. *Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*. "Rivista internazionale di filosofia del diritto". Milano: Giuffrè Editore. n. 4, p. 612. Tradução livre de "(...) capacità astratta di ogni essere umano di essere 'persona', soggetto di diritto, vale a dire titolare potenziale di ogni possibile diritto, o – come direbbe Hanna Arendt – titolare del 'diritto di avere diritti', va sostituita – secondo Larenz – la capacità concreta del Volksgenosse, il cui ambito è determinato dalle distinte capacità particolari di occupare posizioni specifiche entro l'organizzazione della 'comunità del popolo". O autor ressalva que Hans Kelsen e Karl Larenz, apesar de passarem à margem da subjetividade jurídica, tinham objetivos distintos e estruturaram doutrinas diversas: "Per Larenz, come per i giuspositivisti conseguenti, come per Kelsen, la situazione giuridica soggettiva tradizionalmente denominata 'diritto soggettivo' è considerata una specificazione del diritto oggettivo (...). L'attacco di Larenz alla nozione di diritto soggettivo è molto più radicale, e si spiega sia sul piano ideologico (dove presenta alcune affinità con le tesi di Kelsen) sia sul piano della politica del diritto (dove invece diverge profondamente dalla dottrina kelseniana), per una ristrutturazione dell'ordinamento che liquida il meccanismo del diritto soggettivo (soprattutto per ciò che concerne i cosiddetti diritti 'assoluti' e diritti di libertà)".

¹¹ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 275.

3. A limitação lógica do Direito

Seria uma contradição a ordem ordenar o que levaria à inexistência da ordem. Haverá ordem desde que se tenha ordenado o que é objeto de ordem. Trata-se de fundamento lógico da ordem. A ordem não pode dispor que a ordem não seja. Do contrário, existirá ordem tendente à não ordem. Mera aparência de ordem.

Como afirma Norberto Bobbio, "(...) para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (...)"¹².

Por sua vez, o ser é pressuposto das ordens éticas. O Direito existe para os homens, de modo que os destruir levaria a um não ser. Destruí-los parcialmente levaria a um parcial não ser ou a uma tendência de inexistência de ordem. Isto esbarra em um paradoxo: como o ser é pressuposto da ordem, a ordem que desconsidera o ser faz perecer a si mesma.

A ordem está latente no ser. Há, pelo menos em potência, parte de ordem no objeto a ser ordenado. Apenas de um ponto de vista estritamente formal seria correto negá-lo, como o faz Hans Kelsen ao afirmar que "(...) da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser"¹³.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília, 1999. p. 71.

¹³ in KELSEN, Hans. *op. cit.* p. 5.

No ser há dever ser. O dever ser já existe no ser. Ainda que a lei silencie a respeito dos lírios, haverá lírios e estes sempre serão lírios. E se são e devem continuar a ser, são ser e dever ser independentemente da lei. Para o ser, as leis são desnecessárias ou inócuas. Ou, como disse o poeta, “as leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”.

Fica demonstrado, portanto, que há, nas ordens éticas, seres não declarados ainda. Observe-se, porém, que haveria impossibilidade lógica de declaração em contrário, pois não se poderia dizer que um ser não é.

A proteção ao ser existirá no direito objetivo mesmo que não declarada expressamente. Nem tudo precisa estar declarado pelo Direito para que esteja protegido pelo Direito. São direito independentemente do Direito, ou, como já se disse, direito que, do ponto de vista retrospectivo do Direito, terá sempre existido.

Há uma limitação lógica ao Direito, portanto. Não é possível que se ordene que um ser não seja ou que seja tendente a não ser. Ser ou não ser não é uma liberdade. O ser e o não ser são não liberdades.

O Direito regula o que os homens fazem de si, desde que sejam. Ou seja, regula as liberdades, não as não liberdades. E há aqui algo importante: a noção de liberdade não pode ser apreendida, mas a de não liberdade sim. E isto é próprio de conceitos que só se apreendem pelo negativo. Tal como se dá, por exemplo, com os conceitos de saúde (= ausência de doença) e de sanidade (= ausência de loucura).

Qualquer afirmação positiva, acerca dessas ideias, constituirá divagação carregada de conteúdo valorativo. Por outro lado, são palatáveis se aferíveis por seu antônimo. Assim também a liberdade e a não liberdade.

Tem-se, desta maneira, a limitação lógica do direito objetivo: este não pode tratar das não liberdades.

Não se nega o direito positivo. Trata-se, ao contrário, de sua afirmação, explicitada em sua limitação lógica.

4. O Direito como um sistema imperfeito

Se há limitação lógica ao Direito, este jamais constituirá um sistema perfeito, sob a ótica formal e da completude. Qualquer tentativa nesse sentido resultará em um sistema artificial, tendente a ser utilizado como artifício de aspirações políticas.

Um sistema imperfeito, que se afirme por sua limitação, possibilita resultados melhores. Um sistema imperfeito leva a imperfeições imperfeitas enquanto um sistema perfeito tende a imperfeições perfeitas. Quando se conclui pela impossibilidade da perfeição, o razoável deve ser o objetivo. Assim – e só assim – o Direito não levará ao completo absurdo.

Tal consideração não descaracteriza o Direito como sistema, que assim se qualifica, segundo Norberto Bobbio, por “(...) uma regra de coerência, que poderia ser assim formulada: ‘Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias’”¹⁴. A limitação lógica, retro enunciada, não só não impossibilita o atingimento desta finalidade como resguarda que o Direito não aniquile a si mesmo.

A imperfeição, na verdade, não está no sistema. Este é o que é o tempo. É o que é no tempo. Contudo – é verdade –, sempre há o perigo da operacionalização de algo. E isto não deixa de ser uma imperfeição. Alguém terá que dizer o que não é Direito. Mesmo diante do direito posto, alguém terá que realizar uma depuração lógica, analisando se o Direito não dispôs sobre um não direito. A imperfeição está não nesta ideia mas no alguém ou na operação de depuração realizada pelo alguém. No juiz ou no processo de interpretação.

Por outro lado, a alternativa é arriscada. Aceitar como Direito o que o legislador disser que é já levou a desastres. A operação jurisdicional, ao menos, é controlável pela instância judiciária superior, que, por sua vez, é autocontrolada pelo colegiado. Há tendência ao equilíbrio.

Como já notaram os orientais, o mundo é imperfeito, impermanente e incompleto. Por isto, deve-se conceber um sistema imperfeito, impermanente e incompleto, que, não obstante considerando o direito posto – perfeito, estático e completo –, não

¹⁴ Idem, p. 110.

desconsiderará a transitoriedade de tudo. Somente assim é possível situar o Direito em um tempo multivetorial.

O Direito, aponta François Ost, “é medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo. Em direito, tomam-se ‘medidas’: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, de medidas de segurança, de medidas conservatórias... Num segundo sentido, mais fundamental, o direito é instrumento de medida, como o é a régua que mede e a balança que pesa aos interesses em conflito. Do direito, espera-se que avalie a justa proporção das relações, a importância das prestações e dos prejuízos, a igualdade dos direitos e dos deveres, como já o sublinhava Aristóteles. Expressão do meio justo, o direito é medida ainda num terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (jurisprudencia). Expressão do limite, ele exprime a ‘justa proporção’ das coisas; ao fazê-lo, opõe-se à desmesura da ubris, à qual prefere o comedimento da paciência, as afinações de um ajuste permanente. Finalmente, o direito é medida num quarto sentido que a ideia de ‘comedimento’ anunciava: no seu trabalho de ajuste permanente, a medida jurídica é ritmo – o ritmo que convém, a harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo concedido ao andamento do social. Demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a acção. É essa, então, a medida do direito: norma, proporção, limite e ritmo”¹⁵.

¹⁵ OST, François. *Op. cit.* p. 426.

Aceita esta realidade, o Direito poderá encontrar direitos que já existem mas que, ainda, não são apreensíveis pelo intelecto¹⁶. Não criará direito novo, à revelia do direito objetivo. Descortinará direito existente.

Há seres coisificados em algum lugar e eles precisam ser descobertos. Apenas um sistema aberto ao ser e ao não ser poderá fazê-lo.

5. A interpretação do Direito e dos direitos

É consequência lógica do que foi exposto a de que, antes de interpretar a norma, o juiz deve depurar se esta é ou não é Direito; se atine ou não ao mundo do dever ser ou se é um ser disfarçado de dever ser.

Ao realizar este primeiro filtro, o juiz atuará de maneira lógica, sem considerações de qualquer ordem que não seja a própria ideia de ordem.

Se concluir que há Direito, sob a lógica de um ordenamento ético, passará a um segundo filtro, verificando se a norma realmente é norma, ou seja, se exprime aquilo que, em uma dada sociedade, é tido como normal. As normas, ensina Goffredo Telles Junior, "são

¹⁶ Antonio Junqueira de Azevedo inquietou-se com o fato e escancarou a questão: "(...) A descoberta da evolução não-só pôs por terra a idéia de que a natureza é imutável – há mutação das espécies – como nos obriga a acordar para o valor da "vida" inclusive dos animais (...)" (in AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, 2007. v. 102. p. 588).

concepções ideais de procedimento e de estados usuais e comuns, ou de procedimento e estados que se quer que sejam usuais e comuns”¹⁷.

Ao realizar este segundo filtro, o juiz valorará a norma à vista do fato e do direito posto, cotejando se estão de acordo com o direito objetivo e se constituem direito válido, ante os deveres éticos impostos pelo ordenamento.

Por fim, em um terceiro filtro, o juiz analisará se o direito não está em confronto com outro direito, coibindo o abuso do exercício destes.

Fica assentado, assim, que, ao proferir decisão, o juiz deverá realizar três filtros: o primeiro, para perquirir sobre a existência ou inexistência de Direito; o segundo, realizando a valoração da norma, em cotejo com o ordenamento jurídico; o terceiro, confrontando o direito com outros direitos, coibindo o exercício abusivo destes.

¹⁷ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. Op. cit. p. 206.

6. O Direito e os direitos

6.1. Direito objetivo

Considerado no tempo, o Direito é mais do que aparenta ser. O direito já existe no futuro de seu passado. O presente é a “justa medida dos tempos misturados”¹⁸. Há, no direito objetivo, direitos que, do ponto de vista retrospectivo, terão sido sempre Direito. O Direito evolui no tempo do Direito e não no do legislador.

Por esta razão é possível encontrar, no sistema objetivo, normas ainda não explicitadas. São normas que, embora não reconhecidas, são reconhecíveis. Em muitos casos, a lei nova apenas explicita o que o ordenamento já possibilitava proclamar¹⁹.

Como consequência, o direito objetivo contém normas reconhecidas e reconhecíveis.

Como já dito, norma é aquilo que expressa a qualidade do que é normal, em uma dada sociedade. E esta qualidade, por sua vez, pode se revelar por meio de regras ou de princípios, explícitos ou implícitos.

¹⁸ in OST, François. *Op. cit.*, p. 432.

¹⁹ Conforme sustentei, em dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao tratar do *direito intertemporal*. O trabalho está publicado em LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011.

Tais normas distinguem-se no fato de que as regras impõem um dever definitivo enquanto princípios expressam deveres a priori. E, por que expressam deveres, são ambas normas jurídicas, impositivas, ordenando um determinado comportamento.

Leciona Robert Alexy: “Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proibem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”²⁰.

Explicitando os conceitos e sua juridicidade, Virgílio Afonso da Silva enuncia: “Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e freqüentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa idéia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre

²⁰ in ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.85.

prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C. Visto que para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes. Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar²¹.

E exemplifica: “João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes fica João sabendo que seu outro amigo, Jorge, está extremamente doente e precisa de sua ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa, porém, que ‘cumprir promessas’ tenha deixado de ser um dever para João. A constelação aqui é simples e clara: tanto o dever de cumprir promessas, como o dever de ajudar os amigos, são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento e que é expresso por uma regra com a seguinte redação: ‘Em situações como a do tipo S1, o dever de ajudar os amigos tem prioridade em face

²¹ in SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* I (2003): 607-630. p. 610/611.

do dever de manter promessas'. A colisão entre ambos os deveres, como se vê, não é apenas aparente, mas real. Nesse exemplo simplório, pode-se dizer que a decisão é fácil. Isso, contudo, não suaviza a colisão que existe entre dois deveres *prima facie*. Não é também difícil de se perceber que a situação descrita no exemplo é a mesma que ocorre com a colisão de direitos fundamentais. A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma 'conseqüência determinada' ou de 'vagueza'. A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*"²².

Fica demonstrado, assim, que o direito objetivo se expressa em regras e princípios, expressos e implícitos, reconhecidos e reconhecíveis.

6.2. Direito subjetivo

Se o Direito deve reconhecer o ser, conforme se demonstrou, necessariamente os direitos devem possuir um sujeito. Por sua vez, se o Direito está a serviço do indivíduo, os direitos devem se sujeitar ao sujeito, não o contrário. Conforme observa Jean Dabin, "no conceito de direito subjetivo reside a ideia específica de pertença"²³. Logo, deve-se reconhecer que os indivíduos têm poder no Direito.

²² Idem, p. 619.

²³ DABIN, Jean. "*Le droit subjectif*". Paris: Dalloz, 1952. p. 80. Tradução livre de: "*Au départ du concept de droit subjectif se place l'idée spécifique d'appartenance*". Sobre o direito subjetivo como *poder*, cito Luiz da Cunha Gonçalves: "Direito subjetivo é o poder jurídico de cada pessoa singular ou colectiva, baseado no direito objetivo, e que se dirige às outras pessoas, a fim de lhes reclamar o cumprimento de fins e interesses humanos (...). É *poder jurídico*, porque o poder extra-jurídico ou anti-jurídico não pode ser *direito*". (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1951, p. 62, v. 1). Sobre o direito subjetivo como *poder de usar de uma faculdade*, cito Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: "O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela *uma só*; o direito subjetivo é que *contém* a faculdade. Porque o direito

Este poder, por sua vez, decorre do sistema normativo, que engloba as regras e princípios, expressos e implícitos, reconhecidos ou reconhecíveis. Tais normas autorizam que o sujeito utilize certas faculdades humanas, conferindo-lhes proteção. Reconhecidas pela norma, são direito subjetivo, no presente; reconhecíveis pela norma, são direito subjetivo perspectiva e retrospectivamente, pelo que também são.

Enuncia-se, assim, que os direitos subjetivos são o poder reconhecido ou reconhecível pela norma jurídica para o uso de uma faculdade²⁴. Seu conceito é possível e necessário. Como

subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fáctica, é meio fáctico para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. p. 38-39).

²⁴ Sobre as várias teorias acerca dos direitos subjetivos, incluindo as *negativistas*, com a ressalva de que não é meu objetivo, nesta nota, descrever sobre as várias formas de analisar o tema, mas apenas contextualizá-lo, cito, por todos, Tercio Sampaio Ferraz Júnior: "A doutrina, tradicionalmente, costuma distinguir entre direito objetivo enquanto o conjunto das normas que regulam a ação humana; portanto, o direito enquanto regra de conduta (*norma agendi*), a que se opõe o direito subjetivo, significando uma certa prerrogativa estabelecida ou reconhecida pelo direito objetivo em favor de um indivíduo ou de uma coletividade e que faz deles sujeito de direito (Dabin, *El derecho subjetivo*). O direito subjetivo aparece, neste sentido, como algo que o sujeito tem de modo garantido (*facultas agendi*). A expressão faculdade de agir é, porém, passível de muitas críticas, o que faz do próprio direito subjetivo um dos temas mais disputados da teoria jurídica. Como nota Kelsen, ela refere-se primeiro a idéias de que um indivíduo tem o direito de se comportar de determinado modo. Isto significa que sua conduta não é proibida, mas permitida no sentido negativo: ele é livre para agir ou omitir. Mas também podemos entender que um determinado indivíduo está obrigado a se comportar perante outros de certo modo. Ou seja, ele obriga-se a uma ação ou omissão com respeito ao outro. Isto é, diante do outro ele tem um dever ou de lhe suportar a conduta ou de realizar algo para o outro. Aí a expressão *faculdade* significa que o outro tem uma pretensão a um certo comportamento, a qual se manifesta através de *um exercício* regulado de um direito. Por último, a expressão está ligada aos chamados direitos políticos. São os chamados direitos públicos subjetivos. Além disso, o direito subjetivo também pode significar, como em Jhering, um interesse juridicamente protegido. Este argumenta que como o direito existe a serviço do homem, sempre tem por objeto um interesse, um valor, uma utilidade que ele aproveita, de que ele tem o gozo garantido. Aí aparecem dois elementos constitutivos: um substancial que é a utilidade, o proveito, o interesse; e outro formal, relacionado com o anterior e consistente na ação ou proteção jurisprudencial. Neste sentido, este é o seu entendimento de direito subjetivo, supramencionado. Há quem veja no conceito, como Savigny, um fenômeno assentado na vontade. A essência do direito subjetivo define-se como uma esfera independente de domínio da vontade. As relações jurídicas são estabelecidas entre várias pessoas e determinadas por regras de direito. Por isso o direito subjetivo consiste nesta vontade disciplinada pela norma jurídica que lhe assegura autonomia. Existem teorias mistas, que conciliam posições como as de Savigny e Jhering, p. ex., na definição de Jellinek que vê o direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade pertencente ao homem. Jean Dabin, na sua famosa monografia, propõe que direito subjetivo envolve uma idéia de perfeição, um valor ou bem que pertence a um sujeito, por força do direito objetivo. Fato é que, pelas dificuldades que as teorias apresentam, há também autores que procuram demonstrar que direito subjetivo, como um dado independente, como uma realidade própria, não existe. Tal é o caso de Kelsen que nos fala em direito-reflexo. Reduzindo todo o direito a um sistema de normas, Kelsen mostra que aquilo que se pretende como

afirma Vicente Ráo, “(...) o reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos constituem condição essencial de legitimidade e todo e qualquer sistema jurídico”²⁵.

direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico que existe por parte dos outros em relação ao indivíduo de que se diz ter um direito subjetivo. Como o dever jurídico é apenas a conduta prescrita pela norma a alguém, o chamado direito subjetivo nada mais é do que o fenômeno normativo, visto do ângulo do dever. Também Duguit tem uma posição negadora, para quem, sendo o direito objetivo a tradução da regra de direito (regra resultante da consciência social do grupo comunitário) em preceitos, o direito subjetivo não é, por sua vez, produzido pela vontade da personalidade de um sujeito, mas antes uma situação jurídica consistente na conformidade do comportamento de um ou mais indivíduos, com os preceitos impostos pela regra de direito. Mais recentemente encontramos interessantes observações a respeito do direito subjetivo na escola escandinava. Karl Olivecrona, p. ex., diz que quando usamos esta expressão, fazemo-lo como se ela denotasse uma posição real de uma pessoa com respeito a uma coisa. Mas definir esta posição real é impossível, pois o direito de alguém à propriedade de um terreno não é idêntico à sua posse nem à garantia do Estado a uma posse tranqüila ou aos preceitos dirigidos a todos, proibindo sua interferência naquela posse, nem à possibilidade de iniciar uma ação contra os que violam a posse. O direito subjetivo à propriedade, como expressão, não tem, assim, um referencial real. Trata-se de uma expressão ou “palavra oca” que tem apenas a função de influir na conduta, na medida em que serve de nexo para um conjunto de regras, as regras de aquisição da propriedade, de indenização de danos etc., e que se referem à situação em que uma pessoa é proprietária de um objeto e outra pessoa faz algo em relação a este objeto. Trata-se de uma função facilitadora das relações jurídicas, pois se suprimíssemos a expressão as relações continuariam a existir, ainda que fosse mais difícil manejá-las de modo unitário. (...) Discute-se se os romanos chegaram a ter uma noção de direito subjetivo. Helmut Coing é, a propósito, de opinião que a noção só vem a aparecer em função do jusnaturalismo do século XVIII. Os romanos falavam em *actiones*, mas transformá-las em direitos subjetivos seria uma transposição indevida. Apesar disso, muitos reconhecem que as primeiras classificações remontam a Gaio, com sua famosa distinção entre direitos das pessoas, das coisas e das ações. Savigny tem também uma conhecida classificação, em que fala em direitos de família e direitos dos bens, estes subdivididos em direitos das coisas e das obrigações. Entre nós, Teixeira de Freitas classificou-os em pessoais e reais, os primeiros abarcando as relações civis e de família; os segundos os direitos reais sobre coisas próprias e os sobre coisas alheias. Há ainda a famosa classificação de Roguin, que nos fala em direitos subjetivos absolutos (os que valem *erga omnes*) e relativos (os que valem *erga singulum*). Os primeiros compreendem os pessoais (*in persona ipsa*), os potestativos (*in persona aliena*) e os reais (*in re*). Os segundos compreendem os obrigacionais. À parte, classificou ainda os que não são nem absolutos nem relativos (os intelectuais e industriais), que chamou de monopólios de direito privado. Jean Dabin classifica-os em direitos da personalidade, reais sobre coisas materiais, de crédito ou de obrigação (que afetam as pessoas), direitos intelectuais sobre coisas incorpóreas, direitos interindividuais e corporativos, direitos com fim egoísta e direitos-função” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69. p. 330/333).

²⁵ RÁO, Vicente. *Op. cit.* p. 631.

7. O direito subjetivo como categoria necessária à garantia dos direitos

Aspirações totalitárias não são compatíveis com a ideia de direito subjetivo, pois este garante a liberdade independentemente do Estado e contra o Estado. Se há direito subjetivo não há tirania – sejam as escancaradas ou as que se escondem, sutis, sob a ditadura da maioria. É conceito que assegura um sistema democrático e plural, como quer todo povo em estágio civilizatório minimamente avançado.

No período do nacional-socialismo, a Alemanha empreendeu luta feroz contra o direito subjetivo. Buscou aniquilar o direito individual em prol de um suposto interesse superior da comunidade alemã. Colocou o Direito contra os direitos.

Para tanto, pressupôs uma suposta superioridade absoluta do interesse público para concluir, equivocadamente, que a ideia de direito subjetivo seria individualista, impedindo a concretização dos interesses da generalidade do povo alemão.

Contudo, o arbítrio individual não ocorre, com o conceito de direito subjetivo, porque o poder de utilizar de uma faculdade é atribuído isonomicamente a outros tantos componentes da coletividade. A norma que garante o exercício do direito subjetivo é limitada por outra norma que possibilita a defesa contra o exercício abusivo deste direito.

A existência de duas normas autorizantes (uma do uso de uma faculdade de agir e outra do direito de se defender) limita o exercício do direito.

De igual modo, não há, no direito subjetivo, impedimento à prevalência do interesse social, quando o caso. A sociedade é formada por um conjunto de direitos subjetivos que impedem, coletivamente, o exercício abusivo de um direito individual, possuindo um direito (geral) contra o exercício abusivo dos direitos (individuais). Como observa Cláudio Antônio Soares Levada, “embora o abuso refira-se, como regra, a relações jurídicas definidas, intersubjetivas, em conflito, pode-se dar também em face de interesses difusos ou coletivos (...)”²⁶. Logo, pode-se concluir que há direitos subjetivos difusos que, em certos casos, impõem a prevalência do interesse social sobre o particular.

Não obstante, em um sistema democrático, nem sempre há prevalência do interesse público sobre o particular, pois a garantia dos direitos fundamentais também está calcada no interesse público. Por isto, a teoria da “norma e contranorma” não se mostrou suficiente para os juristas cooptados pelo regime social-nacionalista. Para estes, a concessão ao interesse social, porque relativa, também seria individualista.

Massimo La Torre desnuda o pensamento jurídico que se edificou naquela triste era: “(...) Siebert considera inadequada e insatisfatória a concepção de abuso de direito

²⁶ in LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1862>. Publicada em livro homônimo, *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Jundiaí: Ed. Unianchieta, 2007. p. 62.

elaborada pela 'jurisprudência de interesses'. Esta considera que o 'abuso do direito' surge no caso de uma desproporção entre o direito e o interesse, ou melhor, uma desproporção entre o direito e o interesse (perseguido pelo exercício do direito) àquele oposto. (...) Mesmo se for reconhecido que o interesse individual deve ceder, em certas situações, à sociedade, em face de interesses opostos, não se afasta de uma perspectiva essencialmente individualista. E isto está seriamente reconciliado com a Weltanschauung coletiva e orgânica do nacional-socialismo"²⁷.

Não bastava, ao nacional-socialismo alemão, que o indivíduo, livre, cedesse aos interesses da coletividade. Era necessário que passasse a uma situação de inferioridade a priori em relação ao Estado, de modo que "(...) a partir do ponto de vista da 'comunidade', do povo todo, a família, (...) estes (...) são tidos como o ponto de chegada do pensamento jurídico, como a primeira causa e o fim da lei, e como fundamento natural da existência do indivíduo e de seu direito subjetivo (...) "²⁸. O indivíduo, para o nacional-socialismo, deveria existir não para si mas para o Estado.

Com base nesta premissa, seriam sujeitos de direito apenas os indivíduos comprometidos com os ideais da comunidade alemã. O direito subjetivo deixou de ter

²⁷ TORRE, Massimo la. *Op. cit.* p. 602. Tradução livre de: "(...) Siebert giudica inadeguata e insoddisfacente la concezione dell'abuso del diritto elaborata dalla 'giurisprudenza degli interessi'. Questa ritiene che l'abuso del diritto si da nel caso di sproporzione tra il diritto e l'interesse, o meglio di una sproporzione tra il diritto e l'interesse (perseguito mediante l'esercizio del diritto) e gli interesse a quello contrapposti. (...) Anche se si riconosce che l'interesse individuale deve in certe situazioni soccombere dinanzi agli interessi che sono contrapposti, non ci si allontana da una prospettiva essenzialmente individualista. E questa mal si concilia con la Weltanschauung collettivistica e organicistica del nazionalsocialismo".

²⁸ Idem, p. 599. Tradução livre de: "(...) dal punto de vista della 'comunità', dell'intero popolo, della famiglia, (...) questi (...) vengono assunti come il punto di arrivo della riflessione giuridica, come la causa prima e il fine del diritto, e come il fondamento naturale dell'esistenza del singolo e del suo diritto soggettivo (...)".

papel central e a qualidade de sujeito de direito passou a ser vista sob o ponto de vista da comunidade. Apenas ao membro da comunidade seria conferida a qualidade de sujeito de direito. E apenas quem tinha sangue alemão, bem como comprometimento com o nacional-socialismo, é que seria considerado parte da comunidade. A personalidade jurídica passou a ser atributo de alguns poucos – e a consequência disto é conhecida, trágica e triste.

Observa Massimo La Torre, apontando para Karl Larenz: “(...) Segundo Larenz, a subjetividade jurídica não pertence a cada indivíduo em virtude de ser homem, mas apenas para quem é membro da Volksgemeinschaft. (...) É sujeito jurídico – nessa perspectiva – não mais qualquer homem, o ‘mero homem’ (der Mensch schlechthin), mas o homem que ocupa uma posição particular na comunidade. Ocupar tal posição pressupõe a qualidade de membro (Glieder) desse organismo, da comunidade. E só é membro da ‘comunidade do povo’ – diz Larenz – apenas se se possui sangue alemão (...). Apenas o verdadeiro alemão (...). Todos os outros são seres juridicamente incapazes ou não plenamente capazes. A personalidade jurídica deixa de ser um atributo do homem como tal e se torna um privilégio (...)”²⁹.

²⁹ Idem, p. 607/608. Tradução livre de: “(...) Secondo Larenz la soggettività giuridica non appartiene a ciascun individuo in virtù del suo essere uomo, ma soltanto a colui è membro della Volksgemeinschaft. (...) È soggetto giuridico – in questa prospettiva – non più qualunque uomo, il ‘mero uomo’ (der Mensch schlechthin), ma l’uomo che occupa una posizione particolare nella comunità. L’occupare una tale posizione presuppone la qualità di membro (Glieder) di quell’organismo, della comunità. E si è membri della ‘comunità del popolo’ – afferma Larenz – solo si è di sangue tedesco (...). Solo il vero tedesco (...) ovvero soggetto di diritto. Tutti gli altri sono esseri giuridicamente incapaci o non pienamente capaci. La personalità giuridica cessa di essere un attributo dell’uomo come tale, e diventa un privilegio (...)”.

A tese se operacionalizou, com Karl Larenz, substituindo-se o conceito de direito subjetivo pela ideia de situação jurídica, aferível pela posição jurídica do indivíduo enquanto integrante da comunidade do povo alemão. Como, por outro lado, a posição jurídica só seria reconhecível perante a comunidade, o que seria direito subjetivo passou a integrar o direito objetivo. Tal posição jurídica exprimiria um dever perante a comunidade, do qual decorreria, como consequência, a qualidade de sujeito. As noções de direito e dever deixaram de se contrapor e formaram uma figura só. “Larenz, para obter a ‘superação’ da tradicional contraposição entre direito objetivo e direito subjetivo, reduz o direito subjetivo à ‘posição jurídica’ do sujeito e esta a dever (...) então o direito subjetivo (...) e o dever são a mesma coisa”³⁰.

Com Karl Larenz, a noção de relação jurídica foi reformulada para uma perspectiva orgânica, deixando de espelhar-se em ato voluntário e entre sujeitos, como antes, mas, em caráter obrigatório e com o Estado. O objeto das obrigações passou a ser determinado não pela vontade mas pelo que seriam os supostos interesses da comunidade alemã.

De relação entre partes, com direitos e deveres recíprocos, a relação obrigacional agora seria um dever geral e social, regulada pelos ditames da boa-fé. O contrato deixou de ter foco nos contratantes e a autonomia privada passou a ser condicionada pelo que seriam os interesses do povo alemão. Os interesses da comunidade, expressos na boa-fé, constituiriam não somente limite mas conteúdo da obrigação. “Larenz

³⁰ Idem, p. 636. Tradução livre de: “Larenz, per ottenere il ‘superamento’ della tradizionale contrapposizione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, riduce il diritto soggettivo a ‘posizione giuridica’ del soggetto e questa a dovere. (...) allora il diritto soggettivo (...) e il dovere solo la medesima cosa”.

reformula essa relação como um fato orgânico, uma relação de vida que não pode ser resumida na soma dos direitos e deveres que ela gera. (...) Assim, o conteúdo da relação obrigacional é determinado não apenas pela vontade das partes, mas também por essa ordem (...). Esta determinação do conteúdo das relações obrigacionais pela comunidade passa – nesta concepção – à obrigação que incumbe às partes de uma conduta de boa fé. (...) O contrato – nessa perspectiva – é concebido como um ‘meio de formação do ordenamento popular’. A comunidade, que não pode, por si, regular tudo e, portanto, precisa da colaboração responsável do indivíduo, reconhece então a este uma esfera limitada de autonomia, que, no entanto, é determinada antecipadamente pelos objetivos que a comunidade se propõe. O conteúdo do contrato não pode depender apenas da vontade das partes ou mesmo de uma delas, mas é determinado de tempos em tempos pela ordem popular, ou seja, pela lei e pela necessidade concreta de boa-fé (...)”³¹.

Ao reformular o conceito de relação jurídica, por sua vez, Karl Larenz reconfigurou o de pessoa, pois, como observa Nestor Duarte, “pessoa é o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas”³².

³¹ Idem, p. 639/640: Tradução livre de: “(...) Larenz riformula tale rapporto come un fatto organico, un rapporto di vita che non può riassumersi nella somma dei diritti e doveri cui da origine. (...) Così il contenuto del rapporto obbligatorio è determinato non soltanto dalla volontà delle parti, ma anche da quell’ordine (...). Tale determinazione del contenuto dei rapporti obbligatori da parte della comunità passa – in questa concezione – per l’obbligo che incombe sulle parti di una condotta secondo buona fede. (...) Il contratto – in questa prospettiva – viene concepito come ‘mezzo di formazione dell’ordinamento popolare’. La comunità, che non può da sé regolare tutto e che bisogna perciò della collaborazione responsabile del singolo, riconosce allora a queste una limitata sfera di autonomia, la quale è però in anticipo determinata dagli scopi che la comunità si prefigge. Il contenuto del contratto ‘non può dipendere solo dalla volontà delle parti o addirittura da quella di una di esse, ma viene condeterminata di volta in volta dall’ordinamento popolare, cioè dalla legge e dall’esigenza concreta della buona fede’ (...).”

³² DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 15.

Aquele que, pelo simples fato de ser humano, seria sujeito de direitos, passou, antes, a devedor da comunidade, em uma situação jurídica que reúne o dever (posição passiva) e o direito (posição ativa). Não há direitos, há situações – manejadas por quem dita a situação.

Conforme descreve Massimo La Torre, analisando a doutrina que se desenhou no período do nacional-socialismo: “(...) o direito subjetivo e o dever não devem ser considerados como duas posições jurídicas distintas do sujeito, mas, sim, devem fundar-se em uma só posição jurídica subjetiva. (...) O direito subjetivo representa, de fato, uma situação jurídica ativa que é correlata a uma posição jurídica (o dever, a obrigação) distinta daquele que é titular do direito subjetivo correspondente ao dever em questão. O status é, ao contrário, uma posição jurídica subjetiva que, ao mesmo tempo, é ativa (fonte de ‘direitos’) e passiva (fonte de ‘deveres’). O status configura uma conexão recíproca de ‘direitos’ (em um sentido lato) e de deveres sobre o respectivo objeto”³³.

Todo direito conteria, em si, uma condicionante, não decorrendo, mais, do direito de ter direitos, inerente à condição humana. O indivíduo subordinar-se-ia ao Estado e sua liberdade deixou de ser fonte de obrigações. O direito privado passou a ter característica pública e o particular perdeu sua importância para um pretense “interesse do povo”. É disto que necessita um regime autoritário, pois, como adverte

³³ Idem, p. 604. Tradução livre de: “(...) il diritto soggettivo e il dovere non devono essere considerati come due posizioni giuridiche distinte del soggetto, bensì devono fondersi in una sola posizione giuridica soggettiva. (...) Il diritto soggettivo rappresenta, infatti, una situazione giuridica attiva alla quale è correlativa (...) una posizione giuridica (il dovere, l’obbligo) in capo ad un soggetto distinto da quello che è titolare del diritto soggettivo cui il dovere in questione corrisponde. Lo status è, invece, una posizione giuridica soggettiva che è al tempo stesso attiva (fonte di ‘diritti’) e passiva (fonte di ‘doveri’). Lo status consiste di una connessione reciproca di ‘diritti’ (in senso lato) e di doveri in capo al medesimo soggetto”.

Otavio Luiz Rodrigues Junior, “(...) autonomia perpassa os significados de independência, liberdade, auto-regulamentação de condutas, autogoverno. (...) em contraposição a regimes nos quais o exercício desse “autogoverno de si” (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, embaraços e contradições em certo ideal de poder extrínseco absoluto (...)”³⁴.

A tese – que não nasceu com os nacionais-socialistas, nem para seus propósitos, mas encontrou ali solo fértil – tomou a linguagem corrente e hoje é usual falar-se, sem ressalvas, em situações jurídicas³⁵.

À toda evidência, a doutrina que acolhe tal construção, nos dias atuais, fá-lo pelo que esta representa de bom. Ao atrelar a existência dos direitos a um dever ético – que não se nega, mas que deve ser analisado em segundo momento, como critério de legitimação –, busca a construção de uma sociedade solidária, tal como objetivado pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, este movimento deve partir da sociedade para o Direito. O avanço civilizatório, acaso se verifique, fará dos seres livres pessoas solidárias. A experiência totalitária demonstra que o Direito não deve acelerar artificialmente o

³⁴ (in RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11).

³⁵ Vide, a propósito: FRANÇA, Rubens Limongi (Org). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69. p. 364/635: “Situação jurídica – expressão que tem sido empregada para denominar o conjunto de elementos, atos ou fatos aos quais se atribui qualificação jurídica. Essa expressão passou a ser empregada principalmente em decorrência de obras de Duguit e Paul Roubier, nas quais é mencionada com insistência, para tentar substituir a expressão ‘direito adquirido (...)’ (C.R.).”

processo cultural, pois indivíduos sem liberdade, em conjunto, são uma sociedade escrava e solidária apenas na aparência.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. v. 102.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília, 1999.

DABIN, Jean. "Le droit subjectif". Paris: Dalloz, 1952.

DUARTE, Nestor. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69.

FRANÇA, Rubens Limongi (Org). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. Princípios de direito civil luso-brasileiro. São Paulo: Max Limonad. 1951.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. O abuso e o novo direito civil brasileiro. Jundiaí: Ed. Unianchieta, 2007.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

OST, François. O tempo do direito. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 6 ed. anot. atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I (2003): 607-630.

TELLES JUNIOR, Goffredo. Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. Filosofia do direito. São Paulo: Max Limonad, Ano n/d. 2º tomo

_____. Iniciação na ciência do direito. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRE, Massimo La. "Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista". "Rivista internazionale di filosofia del diritto". Milano: Giuffrè Editore. n. 4.

CONSTITUIÇÃO DE 1988:

TRÊS DÉCADAS DE MUITA TEORIA
E POUCA PRÁTICA

Jean Vilbert

JEAN VILBERT

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina –
Unoesc

1. CONSTITUIÇÃO: O TEXTO SAGRADO

Aproveitando-se em parte da relativa prosperidade econômica alcançada após meados da década de 1990, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura aquele que se tornaria o mais longo período de estabilidade institucional na história republicana do país. E, na visão de Luís Roberto Barroso, não foram tempos banais: destituíram-se por *impeachment* dois Presidentes da República; houve graves escândalos envolvendo congressistas; políticos importantes no esquema de poder da República foram afastados; elegeram-se Presidentes da oposição; denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de distribuição de vantagens ilícitas foram noticiados pela mídia, entre outros episódios. Em nenhum desses eventos cogitou-se qualquer solução que não o respeito à legalidade constitucional¹.

Mais do que isso, segundo o hoje Ministro do STF, a nova Constituição trouxe consigo uma total mudança nos rumos do Direito e da sociedade brasileira. Sob seu manto, “o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”², na medida em que o modelo de supremacia do Legislativo, inspirado na doutrina inglesa de soberania parlamentar, deu lugar à superioridade da Constituição, que abandona seu caráter de documento essencialmente político – mero convite à atuação dos Poderes – para se tornar a mais importante norma do ordenamento jurídico.

¹ Mais recentemente, por um grave de caminhoneiros, surgiu um burburinho em favor de uma intervenção militar “constitucional”.

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do constitucionalismo no Brasil. *Revista eletrônica de reforma do Estado*. Salvador, v. 9, p. 1-41, mar./mai. 2007, p. 3-4.

Dando asas a tal modificação de paradigma, Paulo Bonavides discerne que “todo sistema político quando funciona normalmente pressupõe uma ordem de valores sobre a qual repousam as instituições. Em se tratando de um sistema democrático do modelo que se cultiva no Ocidente, essa ordem é representada pela Constituição, cujos princípios guiam a vida pública e garantem a liberdade dos cidadãos”³.

O Brasil, ao seguir essa tendência, passou a admitir a Constituição não apenas como lei acima de todas as demais, segundo uma relação hierárquica, mas como direito sobre o direito: é o próprio Direito dizendo o que está fora do seu campo de atuação e determinando o que o governo pode e deve fazer⁴.

Pois bem. O texto maior inspira (e deve mesmo inspirar) grande respeito pela sua condição de pedra fundamental do ordenamento jurídico – não poderia ser diferente. O que parece incompreensível é que, observado o contexto em que a Constituição de 1988 foi elaborada e o modo como vem sendo costurada desde que entrou em vigor, ainda assim seja considerada praticamente sagrada, imune a críticas; defesa desmedida que em nada a beneficia, pelo contrário, permite que se torne massa de manobra para todo e qualquer fim.

Desse modo, o que se propõe neste ensejo é o seguinte: aproveitar o tempo propício (comemorações dos trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil) para levantar alguns dos seus problemas (de louros ela já está saturada), procurando quebrar com a aura messiânica com a qual se a recobriu.

³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996, p. 206

⁴ REIMER, Karen Schubert; SCHUBERT, Séfora Cristina. 10 frases. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano XIV, nº 316, p. 61, 15 de março de 2010. p. 61.

O que será apresentado nas linhas a seguir, portanto, é uma versão bastante diversa em relação ao paradigma acadêmico hodierno; uma versão em que a Constituição brasileira passa distante de ser um exemplo para o mundo, como querem fazer crer seus admiradores mais ferrenhos. É, isso sim, um texto elaborado em mar revolto e talvez marcado mais por falhas do que por acertos.

E não se objetiva aqui, de forma alguma, desconsiderar o que já se conquistou com o constitucionalismo nas últimas décadas, mas sim reconhecer o que pode e precisa ser melhorado. Para se avançar com consciência é preciso caminhar pelas veredas do pensamento crítico.

2. A CONSTITUINTE DE 1987: UMA VERDADEIRA BALBÚRDIA

Com a eleição de Tancredo Neves à presidência da República⁵, em 1985, chegava ao fim, após mais de duas décadas, o Regime Militar no Brasil. Teve início o período de redemocratização do país⁶. Desde o início dessa década, as ruas estremeciam, invadidas pelo curso de dois movimentos de forte apelo popular: a cruzada das Direitas-Já e a campanha pela Constituinte.

⁵ A Emenda Constitucional n° 25 de 1985 determinou eleições diretas, com sufrágio universal, à presidência da República.

⁶ Anteriormente a este período, merece destaque a Emenda Constitucional n° 11 de 1978, que revogou os atos institucionais e permitiu uma abertura lenta e gradual do regime militar ao regime constitucional pleno.

A primeira, que exigia a realização de eleições presidenciais pelo voto direto, mais forte e imediata, em certa medida ofuscou a segunda, retardando em pelo menos meia década a convocação de uma comissão para elaborar uma nova Constituição, o que só veio a ocorrer em 28 de junho de 1985, quando o então presidente José Sarney enviou mensagem ao Congresso Nacional (acompanhada da hoje tão questionada anistia) convocando os membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados para reunirem-se em Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana⁷.

Esse modelo já soa peculiar. O Poder Constituinte Originário (poder capaz de estruturar o Estado por meio da elaboração de uma Constituição) é de natureza essencialmente política e filosófica, não jurídica – é ele quem instaura a ordem jurídica. Em outros termos, o Poder Constituinte Originário é uma força fática, histórica, não fundada em nenhuma norma jurídica anterior, pois atua justamente em momentos de ruptura: golpe de Estado, revolução, independência, abandono de ditadura e transição constitucional.

Tomado esse conceito, evidencia-se que, teoricamente, o povo deveria ter escolhido o grupo responsável por elaborar a nova Constituição, tarefa mais fundamental impossível, tratando-se de poder totalmente diverso do que vigorava em decorrência do poder constituinte precedente – ressalta-se: é isso que marca o poder constituinte originário, a desvinculação com a ordem jurídica anterior.

O que ocorreu em 1987, no entanto, foi um verdadeiro motim contra a teoria constitucional clássica. Eis que por meio da *Emenda Constitucional* nº 26 à Constituição de 1969, os Senadores e Deputados Federais eleitos no dia 15 de novembro de 1986 foram alçados à

⁷ BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2006 p. 456-457.

condição de Assembleia Nacional Constituinte e ficaram responsáveis por, além de seus trabalhos ordinários como legisladores infraconstitucionais, elaborar uma nova Constituição e romper por completo com a ordem jurídica que eles mesmos integravam.

Pior do que isso, depois de constituir uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Decreto nº 91.540, de 18 de julho de 1985), formada por cinquenta membros, os chamados “notáveis”, o Presidente José Sarney, ao receber o anteprojeto constitucional, em 18 de setembro de 1986, enviou-o para o Ministério da Justiça, que o engavetou⁸. Logo, quando, em fevereiro do ano seguinte, foram instaurados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte esta se viu diante de uma perplexidade: não possuía método ou texto de apoio, isto é, não sabia nem por onde começar⁹.

Independentemente dessas dificuldades, a Assembleia precisava encontrar um meio de dar um novo texto constitucional para o país (a população esperava ansiosa). Para isso, elegeu seu presidente, por ampla maioria, o deputado Ulysses Guimarães, que dividiu os trabalhos em oito comissões temáticas, três subcomissões e uma comissão central de sistematização. Vagarosamente, os trabalhos se iniciaram.

Com a pretensão de elaborar o texto mais democrático que o país já tivera, as comissões recebiam diariamente abaixo-assinados orientados por sindicatos de classe, entidades religiosas e diversos outros segmentos da sociedade, todos esperançosos em ver seus interesses atendidos¹⁰. Os números são impressionantes: além das 61.020 emendas

⁸ Coube integralmente ao Congresso Nacional a árdua tarefa de, em meio à atividade legislativa, sem maiores subsídios, elaborar uma nova Constituição para o país.

⁹ BONAVIDES, 2006. Idem, p. 457-458.

¹⁰ Como repete incansavelmente Milton Friedman, prêmio Nobel de Economia: “somos todos capazes de nos convencer de que o que é bom para nós é bom para o país”.

apresentadas pelos próprios membros da Assembleia, foram propostas 122 emendas populares, subscritas por 15 milhões de apoiadores, sem contar que as dependências do Congresso receberam a presença diária de cerca de dez mil pessoas no período¹¹.

As deliberações foram cercadas de discussões acaloradas. A esquerda aproveitou o momento – saída de uma ditadura de *extrema* direita¹² – para forçar as famigeradas reformas de base (implementação de uma versão mais moderna do socialismo, com a inclusão da divisão forçada de resultados dentro da economia de mercado); a direita estava enfraquecida e o maior temor era com o pensamento, em tese, conservador do grupo chamado de “Centrão” (PMDB, PFL, PTB, PDS e partidos menores), então maioria no Congresso.

Toda essa atribulação, por evidente, impactou no texto: com a pretensão de ser eclética (o que em Português Brasileiro significa uma abertura às concessões do jogo político), a Constituição buscou conciliar o inconciliável, consagrando formalmente ideias tão antagônicas (v.g. prestações sociais ilimitadas e livre planejamento familiar, função social amplíssima e propriedade privada), que de suas normas extrai-se tudo e, ao menos tempo, nada – o que lhe permite ser utilizada como recurso de fundamentação por dois grupos que tenham entendimento completamente diverso sobre o mesmo ponto (porventura tenha sido essa mesmo a intenção).

¹¹ BONAVIDES, 2006, Idem, p. 474-475.

¹² Pelos ensinamentos de Olavo de Carvalho, a extrema esquerda só se distingue da esquerda por uma questão de **grau** – ambas visam à igualdade total a qualquer custo. Já a direita e a extrema direita são **incompatíveis** na essência: é impossível praticar ao mesmo tempo a liberdade (direita) e a imposição moral (extrema direita), a preservação individual (direita) e a militarização da sociedade (extrema direita).

O certo é que entre avanços e desavenças, o projeto, que em sua redação original possuía incríveis 501 artigos, foi reduzido para 245 no corpo permanente e setenta no Ato das Disposições Transitórias, sendo deliberado em plenário. Na segunda votação, no histórico dia 22 de setembro de 1987, foi aprovado por 474 votos a favor, quinze contra e seis abstenções. Os votos contrários foram dados todos pelos membros do Partido dos Trabalhadores, que consideraram o resultado final “elitista e conservador”, o que não os impediu de assinarem o documento promulgado.

Pouco se fala sobre esse cenário caótico e sua resultante. Bastaram alguns anos para que todos, inclusive juristas experimentados, esquecessem-no (ou propositalmente o deixassem no esquecimento), dando enfoque unicamente à redemocratização do país e a seu subproduto – uma Constituição escrita a muitas mãos. Logo os elogios se tornaram incondicionais e qualquer crítica ao texto passou a ser encarada como ofensa direta ao próprio sistema democrático.

Por sorte (para o bem da dialética), há exceções. O político, diplomata e economista Roberto Campos, que criticou duramente o texto constitucional já em seu nascedouro, assenta que durante a gravidez e parto da nova Constituição, os constituintes brincaram de Deus: concederam imortalidade aos idosos; aboliram a pobreza por decreto; legislaram custos, acreditando que legislavam benefícios. O resultado é um “dicionário de utopias”, cujo teor socializante promete uma segurança social sueca com recursos moçambicanos; um texto que remonta à Constituição portuguesa de 1976, da qual os lusitanos se arrependeram quando se deram conta de que haviam sido cravados pela

“revolução dos cravos” – a piada entre os lusitanos é que os brasileiros colocaram na sua Constituição tudo o que os portugueses queriam tirar da deles¹³.

Trinta anos depois, o que se tem é uma Constituição que entrega, na prática, muito pouco do que promete (apenas a título de exemplo: liberdade, igualdade, segurança, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer) e que nesse curto espaço de tempo já foi emendada cem vezes (havendo milhares de propostas de emenda em tramitação no Congresso Nacional), apresentando-se como uma verdadeira metamorfose ambulante.

3. TEXTO ANALÍTICO: A VORACIDADE MATERIAL

Os entusiastas bradam com orgulho que a Constituição de 1988 rejeitou a forma sintética, comum nas constituições-garantia (como a norte-americana), construtoras de liberdades negativas. Preferiu seguir a nova tendência no espectro das Constituições-sociais, adotando a forma analítica – abarcou todas as matérias que entendeu relevantes à formação e ao funcionamento estatal (tratou de praticamente tudo).

Segundo a doutrina especializada, a característica expansiva pode ser explicada em parte pela ânsia em elaborar um texto eclético (conciliador), composto pela soma das ideologias em voga, assim como dirigente, estabelecendo um programa a ser seguido

¹³ CAMPOS, Roberto. *O século esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990, p. 198-210.

como projeto de Estado¹⁴ e a refletir a exigência de atuação estatal na realização dos direitos sociais, na oferta de prestações positivas aos cidadãos¹⁵.

Pedro Lenza observa que a Constituição de 1998 é pretensamente dirigente, característica de “sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição uma implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final”¹⁶.

A conclusão é rapidamente rebatida. A maioria prefere considerá-la social-democrata imperfeita. A constatação lógica é que a Constituinte aproveitou que o país saía de um período ditatorial de extrema direita para implementar um programa de governo bastante amplo do ponto de vista social, em uma inegável aproximação com o socialismo de mercado (redistribuição forçada dos resultados econômicos), modelo em vasta expansão ao redor do mundo.

A escolha pode ter sido trágica. Na voz de Roberto Campos: “esse tipo de constituição, que se popularizou na Europa após a Carta Alemã de Weimar, de 1919, tem pouca durabilidade. Ao contrário da mãe das Cartas Magnas democráticas – a Constituição de Filadélfia – que é, como diz o professor James Buchanan, a ‘política sem romance’, as constituições recentes fizeram o ‘romance da política’. Baseiam-se em dois erros. Primeiro, a ‘arrogância fatal’, de que nos fala Hayek, de pensar que o processo político

¹⁴ MESSA, Ana Flávia. *Direito constitucional*. São Paulo: Rideel, 2010, p. 65-68

¹⁵ Funcionou muito bem: já em 1990, uma lista das empresas criadas ou sob o controle do poder público pesava cinco quilos e meia mais de um quilômetro de extensão. Mais estranha do que sua extensão era a presença de dois empreendimentos dedicados a um ramo de questionável interesse público: o Luxor Turismo, em São Paulo, e o Manta, no Pará, simplesmente dois motéis.

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

é mais eficaz que o mercado na promoção do desenvolvimento. Segundo, a ideia romântica de que o Estado [...] é uma entidade benevolente e capaz¹⁷.

Por sinal, ao optar por descer às minúcias, a Constituição discorreu amplamente sobre matérias que, claramente, deveriam ter sido deixadas à legislação infraconstitucional, como o regime dos servidores públicos, a seguridade social, a política urbana e agrária, etc., isso sem contar algumas pérolas como o artigo 242, § 2º: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

E poderia ter sido ainda pior. A Assembleia Nacional Constituinte teve muito trabalho para organizar e selecionar as propostas de emenda. O próprio relator do projeto que viria a ser aprovado, Deputado Bernardo Cabral, rememorou contribuições folclóricas, dentre as quais a de seguinte teor: “Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. Parágrafo único: Lei complementar definirá qual a cor¹⁸”.

Os advogados da forma analítica argumentam que a maior extensão do texto e o fato de englobar matérias que poderiam ter sido deixadas à legislação infraconstitucional não trazem quaisquer prejuízos. Duas constatações, entretanto, obram em descompasso a essa tese.

Primeiramente, cabe uma ilustração: um ponto vermelho pode ser facilmente localizado entre dez ou quinze pontos azuis. Agora, um ponto vermelho entre duzentos e quarenta e nove pontos azuis ao certo restará um tanto ofuscado. Desse modo, direitos importantes consignados na Constituição acabam diluídos na miscelânea de dispositivos que formam o texto magno. E é bom lembrar que mais do que qualquer outra norma,

¹⁷ CAMPOS. *Idem*, p. 322.

¹⁸ BONAVIDES, 2006. *Idem*, p. 461.

a Constituição deveria estar acessível a todos, pois é nela que se encontram os direitos mais básicos do cidadão. Infelizmente, a íntegra do texto constitucional é um mistério mesmo entre operadores jurídicos.

Em segundo lugar, conforme anota Cotrin Neto, a vida de uma sociedade organizada em Estado está necessariamente submetida a certa ordem fundamental a que se deu o nome de Constituição, a qual representa uma ordem *estável*. A Constituição, portanto, deve manter compromisso com a segurança, na medida em que assenta os fundamentos e objetivos sobre os quais se estruturará a sociedade e o Estado, preceitos esses que, em geral, não estão sujeitos ao crivo do tempo, ao menos a curto e médio prazo.

Nessa seara é que se encontra a grande diferença entre os preceitos constitucionais e as normas infraconstitucionais, justificando, por si só, que a Constituição não arrogue para si matérias demasiadamente dinâmicas, demandando, posteriormente, remendos diuturnos.

É consequência lógica exigir-se do texto constitucional uma estabilidade muito maior do que a esperada da legislação infraconstitucional, por vezes efêmera (ainda mais com a inflação legislativa), tanto que para sua modificação demanda-se um quórum maior – 3/5 dos votos em cada Casa do Congresso, em dois turnos de votação, contra a mera maioria (simples ou qualificada), em turno único, para a alteração de uma lei.

Não só isso, as limitações circunstanciais ao poder constituinte reformador impedem a alteração do texto em situações excepcionais (artigo 60, § 1º), nas quais a livre manifestação do reformador possa estar ameaçada. São os casos em que estiver decretado o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal.

A intenção dessas restrições (formais e circunstanciais) é, exatamente, blindar o texto maior de alterações promovidas em conjunturas de instabilidade. Protege-se a Constituição contra os riscos de o reformador deixar-se levar por emoções momentâneas, oriundas de situações excepcionais, em especial crises sociais, políticas, econômicas e desastres naturais. Tudo para garantir a estabilidade.

Ainda que não se concorde plenamente com a tese, pode até se admitir que ante a necessidade de adequação imediata das leis à realidade, a legislação ordinária tenha de ser flexível o suficiente para ajustar-se às constantes alterações sociais, circunstâncias específicas de tempo e espaço. O mesmo, ao certo, não se pode dizer quando à Constituição, que, conforme reiteradamente afirmado, deve representar uma ordem, se não permanente, ao menos estável.

O problema é que como matérias comuns – que não fazem parte dos fundamentos do Estado – foram inadvertidamente inseridas no texto constitucional, sua alteração periódica é mesmo de rigor: as mudanças no perfil etário, padrão social e de expectativa de vida requerem modificações na aposentadoria; o regime dos servidores públicos está sempre demandando correções; o sistema tributário passa por adequações rotineiras; mais e mais direitos sociais são incluídos¹⁹.

¹⁹ O artigo 6º da Constituição, em sua redação original, dispunha que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Posteriormente, as Emendas Constitucionais nº 26/2000, nº 64/2010 e nº 90/2015, incluíram no rol, respectivamente, os direitos à moradia, à alimentação e ao transporte.

A Constituição vem se tornando uma colcha de retalhos, remendada dia após dia²⁰ – o texto de hoje é tão diferente daquele aprovado três décadas atrás que se mostra até um tanto incorreto afirmar (se não do ponto de vista técnico, ao menos fático) que a Constituição seja de 1988; e nesse cenário, claro, é possível deduzir, com boa dose de certeza, que o que é Constituição hoje fatalmente não será mais Constituição amanhã. Ou seja: segurança e estabilidade jurídica é tudo que a Constituição de 1988 não vem conseguindo prover.

O que causa certa perplexidade é que, apesar disso, a teoria constitucional conseguiu impor uma devoção a rigor inabalável ao texto magno, ao ponto em que muitos o arrogam como solução definitiva para todo e qualquer problema envolvendo justiça, resposta definitiva até para temas éticos que transbordam o âmbito jurídico.

Esquece-se que, mesmo sob viés jurídico, as coisas não são tão simples assim. Isso porque a norma é o resultado da *interpretação* do texto²¹: texto e norma não podem ser confundidos. E a Constituição de 1988, como referido alhures, é tão ampla e eclética que admite as mais variadas interpretações.

Para confirmar essa incidência basta verificar que as votações no Supremo Tribunal Federal – intérprete final do texto maior – dificilmente encontram a unanimidade entre os onze Ministros (homens de “notório saber jurídico”); longe disso (6 x 5 é o placar do momento).

²⁰ Para ajudar, atualmente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum de Emenda passaram a formar um bloco de constitucionalidade: a Constituição não é mais composta apenas pelo texto constitucional.

²¹ O ex-Ministro do STF Eros Grau costumava dizer que “o conjunto de textos é apenas um ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais”.

A Constituição, dotada de alto grau de abstração, na maioria dos casos não é capaz de dar respostas inquestionáveis, pelo contrário, suas soluções são cercadas de controvérsia.

Em certa medida, é possível dizer que a Constituição diz o que cada um quer que diga, basta que junto ao texto citado seja acoplada uma elevada carga argumentativa, atenta aos interesses em jogo e às pressões sociais. Um reflexo disso é o fenômeno da mutação constitucional, amplamente reconhecido pelos constitucionalistas. Nas palavras de Raul Machado Horta, trata-se da mudança não formal da Constituição, da alteração do espírito e do significado da norma, sem se tocar na regra escrita²².

É claro que não se concorda com a fossilização do texto constitucional. Mas a questão é: de que maneira é possível se apegar tanto a um texto que, malgrado devesse ser a base estável das estruturas sociais, muda todos os dias? Quando não é o texto que se modifica, é sua interpretação.

Façamos uma correlação. A constituição norte-americana, datada de 1787, conta com apenas sete artigos, subdivididos em seções, e sofreu, nesses quase três séculos de vigência, tão somente 27 emendas. Em três décadas, a vigente Constituição brasileira foi emendada nada menos que uma centena de vezes. E seria possível defender-se que os direitos dos americanos estão menos protegidos do que os dos brasileiros? Parece que não.

De mais a mais, é bom lembrar que após cinco anos da promulgação do texto magno, o Congresso Nacional, no trabalho de revisão constitucional (artigo 3º do Ato das

²² O STF entendeu que houve mutação do papel conferido ao Senado Federal nas decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade (CF, art. 52, X) – não mais para suspender a lei, mas para dar mera publicidade à decisão do STF, que há teria efeito *erga omnes* (ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ).

Disposições Constitucionais Transitórias), recebeu cerca de trinta mil propostas de emenda, agrupadas em 74 projetos de Emenda de Revisão, dos quais seis foram aprovados. Ora, para um texto que recebe tantos elogios e aura de divindade, a Constituição de 1988 é por demais retalhada e desejada sua rotineira e ampla alteração (por vezes, adulteração).

Há até mesmo uma galhofa a respeito. Conta-se que um estudante francês foi a uma biblioteca de Paris, pretendendo fazer um trabalho sobre o ano do Brasil na França. Chegando lá, pediu à bibliotecária onde ficava a estante das Constituições. Solícita, a funcionária logo indicou uma prateleira abarrotada de Constituições de diversos países, dos cinco Continentes. Após muito procurar, frustrado, o jovem voltou ao balcão de atendimento e pediu à gentil bibliotecária que lhe ajudasse a encontrar a Carta Magna brasileira. Pela primeira vez demonstrando rispidez, a mulher disse que não poderia ajudar. O rapaz indagou, indignado, o motivo daquilo. A bibliotecária respondeu firmemente que a biblioteca não trabalhava com *periódicos*.

Os constitucionalistas exigem (com razão teórica) que a Constituição seja respeitada como lei acima da lei, como direito acima do direito, mas a volatilidade do texto magno é tão intensa como a da legislação ordinária. Apesar de toda a dialética sobre o respeito incondicionado aos ditames constitucionais, na prática, a Constituição é pouco respeitada, em especial pelo próprio poder reformador.

4. TEMPO DE PRÁTICA

Críticas à parte, a Constituição de 1988 está posta. E agora, o que fazer? Uma nova constituição? Não seria de todo mal, mas a empreitada mostrar-se-ia bastante arriscada. Na voz de James Calaghan, “nada mais perigoso do que a feitura dos textos constitucionais. Isso desperta o instinto utópico adormecido em cada um de nós”.

Considerando os paradigmas contemporâneos, pretender, em dias atuais, dar vida a uma nova constituição poderia ter final trágico, com a vinda a lume de uma verdadeira declaração ampla e irrestrita de todos os direitos sociais possíveis e imagináveis e em total descompasso com as condições econômicas dos cofres públicos, com as decorrências já conhecidas: ineficiência estatal, caos das contas públicas e transformação da Constituição em mera folha de papel, ontologicamente nominal ou mesmo semântica (nos conceitos de Ferdinand Lassalle e Karl Loewenstein).

Então, qual a solução? Este artigo não é tão audacioso. Não pretende apresentar uma resposta definitiva; ao contrário, intenta-se (o que já é muito) questionar a crença na condição sacra do texto constitucional e na sua capacidade de (não influenciar, mas de materialmente) construir uma nova realidade, como se pudesse ser a resposta (panaceia) a todos os males.

Porventura o ponto esteja justamente no modo de ver o texto constitucional. Há muito se olvidou do seu caráter limitador dos poderes estatais, escudo em defesa do indivíduo contra a força coletiva detida pelo Estado – abaixo do qual o cidadão estuda, trabalha e prospera. Deixou-se de perceber que nenhum país venceu (e nem o Brasil vencerá) o subdesenvolvimento ao consagrar um rol sem fim de direitos na Constituição – a comida

não aparece (nem aparecerá) na mesa dos brasileiros porque a Constituição de 1988 inseriu a alimentação como direito social.

E não se pode, a propósito, confundir a força normativa da Constituição com força sobrenatural de criar riqueza; de educar sem cultura voltada aos estudos; de curar sem estrutura e profissionais (ou dinheiro para contratá-los); de conferir segurança com legislação penal leniente. Também não se pode enlear o respeito às disposições constitucionais com o credo dogmático de que o texto constitucional contém resposta para todas as questões éticas e de justiça.

Como conclama Roberto Campos, está na hora de o *povo perceber*: “a ‘constitucionalite’ não lhe melhorou as condições de vida. Aliás, se isso acontecesse, os ingleses estariam perdidos, pois não têm constituição escrita. E os japoneses ainda pior, pois sua constituição foi escrita pelos americanos vitoriosos na guerra. Ante a prosperidade japonesa, chegar-se-ia à bizarra conclusão que a melhor constituição é a escrita pelos inimigos²³.”

A toda evidência, é chegado o tempo de os brasileiros escreverem menos, deixarem a Constituição repousar um pouco e, sob a mínima estabilidade por ela conferida, dar mais de si, arregaçar as mangas e trabalhar firme para efetivamente (na prática, não no texto, nem por meio dele) construir um país (realidade) melhor. A teoria já está sobrecarregada; há de se exercitar a prática.

²³ CAMPOS. *Idem*, p. 209.

BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE O DIREITO À
PRIVACIDADE NA ERA
INFORMACIONAL

Letícia Antunes Tavares

LETÍCIA ANTUNES TAVARES

Juíza de Direito do Estado de São Paulo

Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cursou “Master in Comparative Law” pela Samford University/EUA

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura

INTRODUÇÃO

De acordo com Manuel Castells (1999:51/54), na atualidade, está-se diante de uma nova estrutura social decorrente de um novo modelo de desenvolvimento: o informacionismo.

Segundo o autor, na sociedade informacional, “a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. (..) O que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimento sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade” (CASTELLS, 1999:51/54).

Ainda, para Castells, a base tecnológica que dá forma organizacional à era da informação é a Internet. Para o sociólogo, “a influência das redes baseadas na Internet vai além do número de seus usuários... atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todos o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores” (CASTELLS, 2003:7/8).

Conhecimento e informação, portanto, são essenciais para a sociedade informacional, em especial, com o advento da Internet, que, hoje em dia, permeia todo o tipo de atividade, em especial a econômica e social, com seus prós e contras.

Neste último aspecto, é inarredável a conclusão de que a era informacional também tem impactado nos interesses dos indivíduos “pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, pelos diferentes sistemas de registro e de informação postos à disposição do mundo negocial” (BITTAR, 2015).

Hoje, então, é possível asseverar que a sociedade da informação impõe uma nova realidade percebível pelo pensamento jurídico, de modo que o conceito de privacidade, que é um direito fundamental expresso, comporta uma releitura.

E para tratarmos do assunto, de rigor estudarmos o conceito e o contexto histórico do surgimento do direito à privacidade, bem como seu tratamento pela legislação brasileira, para, então, cuidarmos de certos pontos que estão em amplo debate na contemporaneidade, relacionados à privacidade na era informacional.

1. DO DIREITO À PRIVACIDADE

1.1. Breve contexto histórico

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior (1993:441) a era moderna, com a afirmação generalizada da “sociabilidade”, trouxe o problema da distinção entre o social público e o social privado, dando ensejo ao aparecimento de duas novas dicotomias, para além da tradicional distinção entre esfera pública e privada: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo. E, para o autor, é “nesse contexto que surge a privacidade”.

Ao tratar dos princípios que regem cada esfera, FERRAZ (1993:441/442) assevera que o público-político é dominado pelo princípio da transparência e da igualdade; o social-privado, pelo princípio da diferenciação; e o terreno da individualidade privativa, pelo princípio da exclusividade, o qual “visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade

diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontestável impositividade do poder político”. E FERRAZ (1993:442) reconhece três atributos ao princípio da exclusividade, que rege o direito à privacidade: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”. Tais atributos, por sua vez, consubstanciam-se em facetas da privacidade, integrando o seu conceito.

Muito embora a noção de privacidade não seja recente, é certo que o seu reconhecimento como um direito é fato relativamente novo. Segundo SILVA (2017:208) foi o Juiz norte-americano Cooley que, em 1873, identificou a privacidade com o direito de ser deixado sozinho (“the right to be let alone”). Todavia, foi um trabalho de muita repercussão que iria, de fato, cunhar a expressão “direito à privacidade” (“the right to privacy”).

Com efeito, no final do ano de 1890, Warren e Brandeis publicaram um artigo intitulado “O direito a privacidade” (“The Right to Privacy”), que se tornaria a grande referência no tratamento jurídico do direito ora em estudo.

Para os autores (WARREN E BRANDEIS, 1890:205), o direito à privacidade seria uma espécie do gênero do “direito a ser deixado sozinho” (“right to be let alone”). No passado, para proteger este gênero de direito, os tribunais valeram-se de uma combinação de diferentes doutrinas da “common law”, o que, todavia, não seria suficiente para as novas demandas criadas por novas tecnologias, o que, na época, equivaleria a jornais, fotografias instantâneas, aparelhos mecânicos (WARREN E BRANDEIS, 1890:195). Para fazer frente às novas tecnologias da época, haveria a necessidade de se conceber um novo direito, intitulado pelos autores de “direito à privacidade”.

Como se nota, a principal preocupação de Warren e Brandeis, naquele momento, era o risco de que informações a respeito da vida privada de alguém fossem levadas ao conhecimento geral do público por meio da imprensa (ROOS, 1990:267-268).

Hoje, porém, a evolução da sociedade, incrementada pelo grande avanço tecnológico e dos meios de comunicação, que foi potencializado pelo advento da Internet, impõe uma nova interpretação do direito à privacidade.

Ora, o crescente desenvolvimento de novas tecnologias, em especial a criação dos computadores pessoais e sua interligação por meio da rede mundial de computadores, passou a demonstrar que o direito à privacidade, como anteriormente concebido, não era, por si só, suficiente para responder às novas demandas. Não se trata apenas da publicação da informação a um público geral, como era a preocupação de Warren e Brandeis no final do século XIX com a imprensa, mas sim uma preocupação mais ampla. Uma proteção à privacidade pensada em um momento histórico pré-internet dificilmente poderia fazer frente a todos os desafios crescentemente trazidos por desenvolvimentos tecnológicos jamais cogitados nas décadas que os antecederam (ROOS, 1990:267/268).

Como leciona Carlos Alberto Bittar (2015), o direito à privacidade “tem sofrido estreitamento contínuo em razão da noticiada ampliação do espectro da vida moderna”.

E, tendo em vista as novas demandas decorrentes da era informacional, com o consequente estreitamento do conceito de vida privada e de intimidade e com a ampliação de atentados aos direitos da personalidade, o direito à privacidade (em sentido amplo) torna-se assunto de extrema relevância na contemporaneidade.

“Na atualidade, ressalta-se, esse direito vem ganhando notoriedade dada a evolução das comunicações e à própria globalização, que impõe ao homem uma maior exposição perante uma plateia mais distinta e desconhecida, na qual a informação alcança uma trajetória de repercussão social, negocial, relacional, outra inimaginável” (MALUF E MALUF, 2017:229).

Vale destacar que a privacidade ou privacidade, nas palavras de Paulo José da Costa Junior, tem grande relevância para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, possibilitando a reflexão crítica sobre as relações sociais. Para o autor, a inexistência de privacidade poderia causar a destruição do convívio familiar e íntimo das pessoas, com a banalização da confiança e do respeito das relações individuais (COSTA JUNIOR, 1970:23).

Segundo J. J. Calmon de Passos “a privacidade é hoje o reduto último da resistência do indivíduo às forças que operam no sentido de seu aniquilamento - econômicas, políticas, culturais (...). Quando tanto se fala de direitos humanos fundamentais e se batalha tanto para defini-los e garanti-los, nenhum se me afigura mais fundamental que a proteção da privacidade, da intimidade. Protegê-la é a forma mais segura de preservar a liberdade. E a liberdade é o essencial do homem, porque sem ela a humanização do animal homem se frustra, aprisionada no mundo da necessidade, nele se aniquilando” (PASSOS, 1989:63).

Feita esta sintética contextualização histórica e apresentada a importância do tema, cumpre tratarmos do conceito do direito à privacidade.

1.2. Conceito do direito à privacidade

A conceituação do direito à privacidade não é tarefa fácil. Isso porque a privacidade, segundo SOLOVE (2006:480), não é um conceito unitário, com valor uniforme. Em verdade, para o autor, a privacidade envolve uma variedade de atividades danosas e problemáticas.

Nesse mesmo sentido, LEONARDI (2011:78), apontando a necessidade de um conceito plural e não taxativo de privacidade, assevera que “o método tradicional de conceituar a privacidade (...) dificulta a compreensão do que está ou não incluído no seu âmbito de proteção, prejudicando a valoração da dimensão de seu peso, em caso de colisão com outros direitos ou interesses”.

De qualquer modo, a despeito destas conclusões, é bem-vinda a tentativa de definir o direito à privacidade, sem embargo da possibilidade de reinterpretação e alargamento de seu escopo ao longo da evolução da sociedade, até para facilitar a compreensão do conceito.

E, para tanto, cumpre citar a definição trazida por André de Carvalho Ramos, por ser bastante abrangente e, assim, capaz de se subsumir à variedade de atividades danosas que podem atingir o direito à privacidade na era informacional. Para o autor “o direito à privacidade consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros” (RAMOS, 2016:565).

Tal definição demonstra que o direito à privacidade é amplo, encampando, por exemplo, o direito de não interferência, de estar só, o direito de autodeterminação, de fazer escolhas de caráter pessoal, a inviolabilidade do domicílio, das comunicações, para além da proteção da vida privada e da intimidade, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de vir a abranger novos tipos de violações que eventualmente ocorram no decorrer da evolução da sociedade.

Não por outra razão que SILVA (2017:208) prefere utilizar a expressão direito à privacidade, “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

Paralelamente à definição ora proposta, é importante citar que, segundo FERRAZ (1993:442), há uma gradação entre os direitos da privacidade, em razão do grau de exclusividade. Assim, para o autor, há distinção entre vida privada e intimidade, muita embora alguns doutrinadores tratem os termos como sinônimo. Pela clareza com que trata do tema, vale citar a definição exposta por Tércio Sampaio Ferraz Junior para os termos intimidade e vida privada:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia (...). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é

inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, e m princípio, são excluídos terceiros” (FERRAZ, 1993:442).

Ainda, para facilitar esta distinção, de rigor trazer à baila a lição de Paulo José da Costa Júnior, quando trata da teoria dos círculos concêntricos. De forma semelhante à gradação feita por Tércio Sampaio Ferraz Junior, COSTA JUNIOR (1970:31/32) assevera que a privacidade poderia ser subdividida, de forma não rígida¹, em círculos concêntricos: o círculo externo da esfera privada “stricto sensu” (abrange todos os fatos que o indivíduo não deseja que se tornem do domínio público), o círculo intermediário da intimidade ou da confiança (engloba os fatos íntimos, disponíveis somente a pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e familiaridade) e círculo menor do segredo (compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo titular, do qual compartilham apenas alguns amigos, nem sequer as pessoas da intimidade do indivíduo).

Referidas abordagens nos permitem uma melhor compreensão do conteúdo do direito à privacidade, valendo destacar que para SAMPAIO (2013:277), a despeito das posições em sentido contrário, há radical distinção entre intimidade e vida privada, a partir das lições de direito comparado, da matriz etimológica das expressões e da diferenciação feita pela própria Constituição Federal de 1988.

Tendo por base estas considerações, trataremos a seguir do direito à privacidade no Brasil.

¹ Para o autor as barras divisórias da privacidade são flexíveis, de forma que sua maior ou menor amplitude irá depender da categoria social do indivíduo e também do fato de se tratar ou não de pessoa notória (COSTA JUNIOR, 1970:34).

1.3. O direito à privacidade no Brasil

A preocupação com a proteção da privacidade, no Brasil, também não é recente.

Em 1967, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250) ² já dispunha a respeito da impossibilidade de se utilizar a exceção da verdade, em casos de calúnia e difamação, quando o fato imputado dizia respeito à vida privada do ofendido (artigo 49, §1º).

Dois anos depois, o Professor Paulo José da Costa Junior, em sua tese de titularidade, nos alertava sobre a necessidade da tutela penal da intimidade na era tecnológica: “o processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica” (COSTA JR., 1970:14).

Na década de 80, com a promulgação da Lei n. 7.232 de 29 de outubro de 1984, que tratava a política nacional de informática, também já se notava a preocupação com o assunto quando, o artigo 2º, inciso VIII, do referido diploma legal, dispunha a respeito da necessidade de “estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”.

No plano constitucional, foi a Lei Maior de 1988 a primeira a tratar do direito à privacidade, nos moldes previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 12) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 17), ratificado pelo Brasil em 1992 (Decreto n. 592).

² Vale destacar que a Lei de Imprensa foi julgada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 130, em 2009.

Com efeito, nos termos da Constituição Federal de 1988, o direito à privacidade, engloba a proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X), sendo considerado direito conexo ao direito à vida (SILVA, 2017:208).

Para os fins deste estudo, todavia, nos limitaremos a analisar as duas primeiras figuras: vida privada e intimidade.

Ainda, de rigor salientar que a Constituição, na esteira do anteriormente salientado, faz distinção entre intimidade e vida privada: a primeira estaria ligada às relações subjetivas da pessoa, no âmbito familiar e de amizades; a segunda abarcaria todos os relacionamentos objetivos (e.g. relações comerciais etc.) (MORAES, 2011:138).

Vale mencionar que o Código Civil, em seu artigo 21, também protege a vida privada, elencando-a dentre os direitos à personalidade³, sendo que esta regra decorre justamente da previsão constitucional ora citada. E, para os civilistas, a lei também faz distinção entre vida privada e intimidade, sendo esta relacionada ao mundo interior do indivíduo e aquela, ao mundo exterior (DUARTE, 2017:41).

Esta distinção certamente poderia ser utilizada, por exemplo, como base para fixação do “quantum” indenizatório em caso de ilícito, graduando-se o grau de ofensividade da conduta com base em lesão à vida privada ou intimidade, sem se descurar de outros fatores que possam influenciar nesta quantificação.

³ O Código Civil de 2002, na esteira da Constituição Federal de 1988, passou a tratar dos direitos da personalidade em capítulo próprio, em seus artigos 11 a 21. Com tal previsão, a legislação civil, de caráter eminentemente privado, priorizou a pessoa e a sua dignidade, em observância ao artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, que trata de um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para MORATO (2011/2012:122/123), o Código Civil de 2002 “veio apenas para sedimentar o que já era admitido implicitamente pelo sistema, assim como pelos doutrinadores e pela jurisprudência”.

De qualquer modo, como se nota, o legislador brasileiro, em especial porque equipara o direito à privacidade em sentido amplo a um direito fundamental, incluindo-o no rol dos direitos à personalidade, não desampara o cidadão em casos de dano à sua vida privada ou intimidade.

Contudo, não se pode negar que a era informacional, com o estreitamento da esfera privada, impõe novos desafios à proteção da privacidade.

“No mundo contemporâneo a questão da privacidade alcança outros patamares oriundos da divulgação de dados nas redes sociais e na internet. Assim, criam-se inúmeras situações de potencial dano à personalidade...” (MALUF E MALUF, 2017:230).

Já em 1969, Paulo José da Costa Junior (1970:17) afirmava que, “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”. Tal afirmação é surpreendentemente atual ainda nos dias de hoje.

Como destaca José Afonso da Silva (2017:211), “o intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas”.

Assim, a complexidade da sociedade atual somada ao desenvolvimento de novas tecnologias provocou uma tentativa de resgate da privacidade, o que gerou a necessidade de estabelecimento de um marco regulatório sobre o assunto, o que veio a se concretizar por meio do Marco Civil da Internet.

No Brasil, muito embora a Lei n. 7.232 (art. 43), que trata da política nacional de informática, tenha sido promulgada em 1984, é certo que até a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), quase vinte anos depois, nenhum outro instrumento legal tratou especificamente do tema informática e privacidade.

Insta salientar, também que, quase simultaneamente, o Brasil obteve êxito na aprovação de uma resolução proposta em conjunto com a Alemanha, no âmbito das Nações Unidas, ganhando relevante repercussão internacional, conclamando os Estados a criarem e incrementarem legislação com vistas à proteção da privacidade na era digital⁴.

A finalidade do Marco Civil da Internet, regulamentado por meio do Decreto n. 8.771 de 2016, foi de estabelecer princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no Brasil (artigo 1º).

O Marco Civil, em seu artigo 3º, incisos II, prevê expressamente que a disciplina do uso da Internet no Brasil tem por princípio a proteção da privacidade.

Ainda, o artigo 7º do citado diploma legal elenca os direitos dos usuários a internet, sendo que o inciso I assegura aos usuários de internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo expressamente direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴ Trata-se da Resolução 68/167, aprovada em 2013, posteriormente atualizada, em novembro de 2014, por meio da Resolução 69/166.

O artigo 8º estabelece em seu *caput* que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Todavia, a despeito do avanço decorrente da elaboração do Marco Civil da Internet, é possível afirmar que a lei não é suficiente à ampla proteção do direito fundamental à privacidade, pois evolução tecnológica ocorre numa velocidade inalcançável pelo legislador pátrio e porquanto a lei tal como editada não resolveu todas as questões, sendo lacunosa por não tratar da requisição de registros eletrônicos de provedores sediados fora do País, por exemplo.

Ao propor a “taxonomia da privacidade”, SOLOVE (2006:481) aponta a inabilidade das leis para tratar e proteger a privacidade hoje em dia, destacando, ainda, a necessidade de se distinguir os diversos tipos de lesão à privacidade, para o tratamento adequado de cada problema por parte dos operadores do direito, em especial considerada a enorme dificuldade em se conceituar privacidade do ponto de vista legal.

Por essa razão, traçado o panorama legislativo brasileiro no que toca ao direito à privacidade, analisemos algumas questões específicas, tendo em vista a relevância destas para o estudo da privacidade na era digital, sem a pretensão, contudo, de esgotar tema tão complexo: a proteção de dados pessoais, a divulgação de fotos íntimas, o direito ao esquecimento, o “spam” e os “cookies”.

2. QUESTÕES DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DIGITAL

2.1. A proteção de dados pessoais

Atualmente, são constantes as notícias a respeito do tratamento indevido de dados pessoais, o que faz despertar na sociedade a consciência a respeito da importância da proteção de tais informações.

Com efeito, o cidadão brasileiro possui alto grau de consideração por sua privacidade diante de eventual ameaça, conforme pesquisa divulgada em 2015⁵. De acordo com o estudo veiculado, os brasileiros, ao lado dos alemães e holandeses possuem grande preocupação com a segurança conferida a seus dados pessoais. E, assim, 53% dos nossos consumidores mostram preocupação com eventual violação de seus dados pessoais. Tal fato denota a sensação de vulnerabilidade do cidadão brasileiro, demonstrando a necessidade de regulamentação do assunto.

Vale destacar que a coleta e a análise de dados pessoais não é assunto novo, já que as relações intersociais se desenvolveram e ainda se desenvolvem com base nestes elementos, com o objetivo de melhorar a vida em sociedade, aprimorar o desenvolvimento econômico, resolver problemas etc.. Todavia, na sociedade informacional, a exploração de dados pessoais se potencializou, em especial, no universo digital, em razão do aumento no poder de transformação, da redução dos

⁵Disponível em http://assets.unisys.com/Documents/Microsites/UnisysSecurityInsights/USI_150227i_Globalreport.pdf. Acesso em: 10 jun. 18.

custos de computação e de armazenamento, e do número crescente de tecnologias de sensor incorporadas em todos os tipos de aparelhos. E a esse universo, que reflete a capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um número e variedade cada vez maior de dados, é conferido o nome de “big data”⁶.

Pode-se dizer, assim, que a informação seria o principal produto e instrumento de poder na sociedade informacional e, por outra via, como a informação envolve o processamento de dados, é possível concluir que a utilização de tais dados, também, é essencial à era da informação.

Como ensina José Afonso da Silva (2017:212), “o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de enquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento”.

Marcel Leonardi (2011:69), ao tratar dos conceitos unitários de privacidade, inclui dentre eles o controle sobre informações e dados pessoais: “o atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito”.

⁶BIG DATA: SEIZING OPPORTUNITIES, PRESERVING VALUES, disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Acesso em: 10 jun. 18, p. 1-2.

Assim, o direito da privacidade comporta interpretação ampla, abrangendo, também, a proteção de dados pessoais, em especial os dados sensíveis: “o direito à privacidade é hoje mais amplo do que o direito à intimidade, transcendendo pois a intimidade da vida particular ou doméstica, para abranger o lugar onde se situam ou circulam os dados pessoais do indivíduo” (MALUF E MALUF, 2017:230).

E o Brasil, na esteira da Europa⁷ e de alguns países da América Latina (Argentina e Uruguai)⁸, recentemente aprovou lei específica para tratar do assunto. Vale observar que, as discussões sobre esta legislação se iniciaram em 2010, quando o Ministério da Justiça promoveu debate público a respeito da proteção de dados pessoais, visando à regulamentação do tema, sendo que a versão final do anteprojeto de lei somente foi apresentada em outubro de 2015⁹.

Paralelamente, em 2012, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Federal n. 4060/12¹⁰, recentemente sancionado pelo Presidente da República, dando origem à Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, que entrará em vigor dentro de dezoito meses da data de sua publicação.

⁷ No direito europeu, o direito à vida privada possui caráter de direito fundamental e, além de estar disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo 12) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (artigo 8º), também está expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 7º), que, ainda, prevê, especificamente, o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8º), o qual passou, então, ante o caráter de fundamentalidade, a gozar de hierarquia normativa privilegiada no ordenamento jurídico da União Europeia.

⁸ DATA PROTECTION LAWS OF THE WORLD, disponível em <http://dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section>. Acesso em: 10 jun. 18.

⁹ Disponível em <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 10 jun. 18.

¹⁰ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 02 ago. 18.

Vale destacar que o citado projeto de lei teve a ele apensados os demais textos sobre o assunto, incluindo o projeto do Ministério da Justiça, sendo certo que, após o Substitutivo proposto pelo Deputado relator, o texto principal passou a aglutinar as ideias e conceitos discutidos em todos os projetos analisados pela Câmara dos Deputados, na linha da legislação europeia.

Segundo o relator “as propostas se inserem em um contexto mundial, portanto, maior, em que legislações nacionais são introduzidas em cada país, de forma a tratar da questão dos dados pessoais e garantir a proteção das pessoas de maneira harmônica. Ao mesmo tempo, a construção de um arcabouço similar entre os países gera um ambiente propício aos negócios, principalmente globais, oriundos do manuseio de dados” (BRASIL, 2018).

Cumprir salientar que a proteção dos dados pessoais é tema caro ao brasileiro, em especial porque está diretamente ligado à salvaguarda de seus direitos da personalidade, pois relacionados a aspectos da própria pessoa, do indivíduo.

Nesse sentido é que artigo 5º da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais define “dado pessoal” como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, tratando ainda de “dados pessoais sensíveis” como uma subespécie daquela primeira categoria: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Contudo, a despeito desta previsão, a adequada implementação e fiscalização dos ditames legais somente será possível com a criação da autoridade nacional competente, o que deverá ocorrer por meio de norma de iniciativa do Poder Executivo.

Feitas estas breves considerações a respeito da proteção de dados pessoais no Brasil e, apesar da recente aprovação de lei específica sobre o assunto, resta evidente a dificuldade do legislador brasileiro em acompanhar o desenvolvimento da sociedade na era informacional, o que se observa não somente no tocante ao tópico ora tratado, mas também em relação aos demais temas abaixo elencados, como veremos a seguir.

2.2. A divulgação de fotos íntimas

É inegável que, na era informacional, a divulgação não autorizada de uma foto, produzida na esfera da privacidade do ser humano, tem consequências diversas e muito mais deletérias quando se compara com os tempos anteriores à existência da rede mundial de computadores. E, mais do que ofensa ao direito da imagem do ofendido, tal conduta implica em violação ao seu direito à privacidade, aqui entendida em sentido amplo.

Além de ilícito civil, é certo que referida conduta também poderá configurar infração penal no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a Lei n. 12.737 de 2012 tipificou a conduta daquele que invade dispositivo informático alheio a fim de obter dados ou informações sem autorização do titular, prevendo ainda a possibilidade de majoração da pena quando houver divulgação de tais dados ou informações a terceiro, a qualquer título.

Referido texto legal, somado à aprovação do Marco Civil da Internet representaram enorme avanço na tentativa de coibir os ilícitos cometidos por meio eletrônico, valendo lembrar que a Internet, em especial pela sensação de anonimato que confere ao ofensor, é um meio facilitador dessas práticas que acabam por lesar direitos da personalidade.

Ainda, é de se destacar que a exposição de conteúdo íntimo, sem autorização, muitas vezes é utilizada como uma forma de vingança utilizada pelo parceiro, com o fim de um relacionamento amoroso. Trata-se da conhecida e vedada "vingança virtual", que de tão grave deverá em breve tornar-se crime no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido vale destacar que o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei n. 5555/13¹¹, que modifica a Lei Maria da Penha para tipificar nova forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, que é a divulgação pela Internet, ou outro meio de propagação de informações, imagens, dados, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher sem o seu expresso consentimento.

Insta salientar que a divulgação não autorizada de informações e imagens via Internet, tendo em vista a capacidade de dispersão deste meio, certamente, gera danos maiores aos ofendidos. E tal circunstância deve ser levada em conta quando se analisa as consequências do ato ilícito para a vítima.

Ora, a era informacional vem transformando também os conceitos tradicionais de responsabilidade civil. Segundo PINHEIRO (2016:514), quando o assunto é direito

¹¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em: 02 ago. 18.

digital, deve-se levar em conta que a Internet possui potencial de danos indiretos maior do que de danos diretos.

Também, nestes casos, deve-se considerar, para fins de gradação do dano sofrido, a teoria dos círculos concêntricos citada por COSTA JUNIOR (1970:31/32), tendo em vista a esfera da privacidade (em sentido amplo) violada.

Enfim, não é demais lembrar que, nas hipóteses ora tratadas, aquele que divulga, ou seja, “circula”, o conteúdo ofensivo, mesmo não o tendo criado, também responde civilmente pelo dano gerado. Conforme decidiu o Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) ainda que o réu não tenha sido o criador da mensagem eletrônica com as fotografias eróticas alusivas à autora, contribuiu para a rápida circulação da mesma pela Internet, devendo por isso também ser responsabilizado pelos prejuízos experimentados pela requerente, ainda que em grau menor em relação àquele que primeiro inseriu o e-mail na rede mundial” (TJSP; Apelação 0000830-07.2010.8.26.0360; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mococa - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/07/2011; Data de Registro: 19/07/2011).

Analisado brevemente o problema da divulgação de fotos íntimas e de suas repercussões para o ofendido, em especial na sociedade da informação, abordaremos outro assunto que tem suscitado muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais: o direito ao esquecimento.

2.3 O direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento tem por fundamento o direito de qualquer indivíduo de não permitir que determinado fato, de caráter vexatório, ocorrido em certo momento de sua vida, seja revivido indefinidamente, por meio da veiculação nos meios de comunicação em massa.

Nesse sentido, o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, interpretando o artigo 11 do Código Civil, assim dispõe: "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"¹².

E a justificativa ofertada para aprovação do referido entendimento merece ser aqui reproduzida: "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".¹³

O direito a informar e o direito a ser informado, assim como o direito de livre expressão e opinião e liberdade de imprensa, são fundamentais para que haja a efetiva concretização do princípio democrático, uma vez que fornecem ao cidadão

¹² Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em: 10 jun. 18.

¹³ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em: 10 jun. 18.

as informações necessárias para se orientar e, sobretudo, para questionar e criticar os atos de autoridades públicas e da sociedade civil, tratando-se de importante ferramenta para que possa fiscalizar a ordem social em que vive.

O direito à liberdade de imprensa e de informação, em especial, também permite que qualquer cidadão possa informar aos seus pares fatos que entende relevantes e necessários para a vida social, articulando a sua opinião sobre eles. Da mesma forma, a Constituição Federal assegura ao cidadão o direito fundamental à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada (inciso X do artigo 5º).

No caso do direito ao esquecimento, há patente colisão de direitos fundamentais: de um lado encontra-se garantia constitucional de liberdade de informação e, de outro, o direito fundamental à privacidade, sendo certo que, no exercício da ponderação, o caso concreto indicará qual deverá prevalecer.

Segundo André de Carvalho Ramos (2016:571/573), o direito ao esquecimento envolve o “direito de ser deixado em paz”, tratando-se de tema importante na sociedade atual, em que a informação, inclusive pessoal, tem valor econômico, implicando no “choque entre o direito à privacidade e autodeterminação informativa de um lado, e o direito de informação de outro...”.

Para Patrícia Peck Pinheiro (2016:491), “a discussão que envolve o direito ao esquecimento voltou a estar em voga pelo fato de que atualmente a Internet torna a informação quase perpétua”.

Interessante notar que o direito ao esquecimento parece se tratar de uma faceta positiva do direito fundamental à privacidade, indicando que, no caso, a intervenção estatal é necessária para se garantir a efetiva proteção a tal direito.

Como leciona Konrad Hesse (2009: 35), “o conteúdo dos direitos subjetivos não se esgota nesse significado comum e geralmente aceito. Ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade”.

Vale lembrar que o assunto é objeto do Recurso Extraordinário n. 1.010.606, com repercussão geral reconhecida, e aguarda julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, encerramos este trabalho tratando de dois outros problemas que podem gerar riscos para a privacidade do usuário da Internet: o “spam” e os “cookies”.

2.4. O spam e os cookies

O “spam”, por definição, seria uma mensagem eletrônica não solicitada, enviada a um número indefinido de usuários da Internet, usado precipuamente para a promoção comercial, afetando o funcionamento da rede mundial de computadores ao obstruir um dos principais aplicativos da Internet: o e-mail (KURBALIJA, 2016:101).

O “spam” representa um dos mais sérios problemas da comunicação virtual, sendo que no Brasil ainda não há norma coibindo a prática de tal atividade, que, no geral, possui caráter publicitário (MALUF E MALUF, 2017:232).

Para PINHEIRO (2016:422), todavia, dificilmente uma lei seria suficiente para acabar com tal prática, pois o “spam é uma praga mundial, que não se restringe apenas ao Brasil” e os melhores meios para combatê-lo são: o uso da própria tecnologia, a adoção de boas práticas pelas empresas, e a denúncia do usuário.

De qualquer modo, na Câmara dos Deputados está em trâmite o Projeto de Lei n. 2186/2003, ao qual estão apensados os projetos de n. 2423/2003, 5485/2013, 3731/2004, 3872/2004, 1227/2007 e 4187/2008, todos dispendo sobre o envio de mensagem não solicitada (“spam”) por meio da Internet¹⁴.

E no Parecer do Relator apresentado à Comissão de Constituição e Justiça (BRASIL, 2014), reconheceu-se a dificuldade de regulação do assunto, bem como se apontou justamente a problemática ora abordada, relativa à privacidade dos usuários, pois “frequentemente, o envio do ‘spam’ somente é possível porque, previamente, os dados pessoais do destinatário foram coletados e comercializados indevidamente”.

Insta salientar que o envio de “spam” suscitou debates a respeito de eventual responsabilidade civil daquele que envia a mensagem indesejada. Todavia, de acordo com a o entendimento jurisprudencial, a conduta não é considerada apta a gerar danos de ordem moral. Sobre o assunto já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça: “(...) Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou

¹⁴ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=136751>. Acesso em: 27 jun. 18.

simplesmente a recusada de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar emnexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido". (REsp 844.736/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 02/09/2010)¹⁵

Ainda, os "cookies", que seriam os dados trocados entre o servidor de página na rede mundial de computadores e o computador do usuário, também representam risco à privacidade, pois "podem ser usados para identificar supostas preferências do internauta, oferecendo-lhe produtos ou serviços que o fornecedor, unilateralmente, considera compatíveis com seu perfil" (MALUF E MALUF, 2017:233).

Para o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), os "cookies" são utilizados para manutenção de informações sobre o usuário, o que poderá gerar certos riscos a este, tais como, compartilhamento indevido de informações, exploração de vulnerabilidades, autenticação automática, coleta de informações pessoais e coleta de hábitos de navegação (*in* Cartilha de segurança para a Internet, p. 40).

E, de acordo com MALUF E MALUF (2017:233), tal postura viola o artigo 43, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que determina ao fornecedor que comunique o consumidor, por escrito, quando da abertura não solicitada de cadastro, registro, dados pessoais e de consumo etc.

¹⁵ No mesmo sentido, decidiu o C. Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação 1025555-74.2015.8.26.0002, Apelação 1004940-39.2015.8.26.0010, Apelação 0187645-53.2009.8.26.0100 e Apelação 1056797-48.2015.8.26.0100.

De rigor mencionar que a utilização indevida de dados pessoais do usuário da Internet é um dos principais objetos da Lei n. 13.709/18, já citada no item que trata da proteção de dados pessoais, sem prejuízo do disposto no Marco Civil da Internet, em especial em seus artigos 10 a 12, que tratam da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas.

Portanto, a problemática envolvendo os “cookies” encontra certo respaldo normativo; contudo, a grande dificuldade estaria justamente no controle, na fiscalização, o que possivelmente será solucionado com criação de uma autoridade competente para tratar da proteção de dados pessoais.

CONCLUSÃO

Na sociedade informacional, as novas tecnologias de comunicação têm estreitado os limites da vida privada e intimidade do indivíduo, aumentando o potencial de eventual dano a direitos da personalidade deste.

O ordenamento jurídico brasileiro ampara o cidadão por meio de garantias legais e constitucionais, porém a evolução dos problemas da sociedade, incrementados pelo uso indevido da Internet, não é acompanhada pela evolução equânime dos mecanismos legais de que necessita o indivíduo para proteção plena de seus direitos da personalidade.

Assim, muitas vezes, cabe a intervenção do Judiciário na tentativa de mitigar ou reparar o dano, devendo-se levar em conta, hoje em dia, que a violação de direitos

da personalidade, quando propagada por meio da Internet tem consequências muito mais deletérias ao indivíduo, o que deve ser sopesado na fixação de eventuais danos decorrentes do ato ilícito.

E o direito à privacidade, conforme estudado, não é estático, estando em constante evolução. Tendo em vista as peculiaridades da era informacional, não restam dúvidas de que referido direito comporta uma releitura, para abarcar as diversas situações de vulneração da privacidade do indivíduo, em especial do usuário da Internet, aqui também compreendida a vítima de ofensas veiculadas por este meio de comunicação.

Por fim, as questões tratadas no segundo capítulo deste estudo nos indicam não só a necessidade de se adotar esta visão, mas em especial, a imprescindibilidade da criação e aprimoramento dos mecanismos legais e regulatórios que amparem o cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 4060 de 2012. Parecer de 24 de maio de 2018. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&fileame=Tramitacao-PRL+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do relator ao Projeto de Lei n. 2186/2003, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 27 de fevereiro de 2014. Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231872&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2186/2003. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm.

Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 7.232, DE 25 DE JUNHO DE 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e, dá outras providências, Brasília, DF. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7232.htm. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípio, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Brasília, DF. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. DECRETO N. 8.771, DE 11 DE MAIO DE 2016. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8771.htm. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. LEI N. 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 844.736/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 02/09/2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da personalidade, São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Paginação irregular.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, v. I, Trad. Roneide Venancio Majer, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade, trad. Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CERT. Br (Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil). Cartilha de segurança para internet. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

HESSE, Konrad. Temas de direitos fundamentais do direito constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KURBALIJA, Jovan. Uma introdução à governança da internet. Trad. Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor no Brasil, 2016.

LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na Internet. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em <http://leonardi.adv.br/tutela-e-privacidade-na-internet/>. Acesso em: 29 jun. 18.

MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Introdução ao Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 2011.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 121-158, 2011/2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67941/70549>. Acesso em: 17 jun. 18.

PASSOS, J. J. Calmon de. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. Revista Forense, v. 324, p. 61-67, 1989, ISSN 0102-8413.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROOS, Anneliese. Data privacy: the American experience, J.S.Afr. 1990, p. 264-278. Disponível em <http://heinonline.org/>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. In: SARLET, Ingo Wolfgang, J.J. Gomes Canotilho et. al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação 0000830-07.2010.8.26.0360; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mococa - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/07/2011; Data de Registro: 19/07/2011.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOLOVE, Daniel J. A taxonomy of privacy. University of Pennsylvania Law Review. V. 154, 2006, p. 477/555.

TAVARES, Letícia Antunes e ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. In: BALDANI, Thiago Gomes de Fillipo e ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (coord.), Brasil e EUA: temas de direito comparado. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VANCIM, Adriano Roberto, et. al.. Marco Civil da Internet, São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D.. The right to privacy, Harvard Law Review, 1890, p. 193-220. Disponível em http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 16 jun. 2018.

ESTAMOS ATENTOS ÀS NOVIDADES EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA?

NOVOS PARÂMETROS, NOVAS EXIGÊNCIAS
LEGAIS, UMA NOVA VISÃO.

Luiz Alberto David Araujo
Sandra Lucia Garcia Massud

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO

Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional
Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
Procurador do Estado de São Paulo
Aposentou-se como Procurador Regional da República

SANDRA LUCIA GARCIA MASSUD

Promotora de Justiça Assessora do CAO Cível e de Direitos Humanos do MP/SP
Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

INTRODUÇÃO

Procurando apaziguar discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais, especialmente, os que se referiam aos Direitos Humanos, a Emenda Constitucional n. 45, incluiu o parágrafo terceiro, no artigo quinto. Os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que versem sobre direitos humanos, serão reconhecidos e aplicados com *status* de Emenda Constitucional, se recebidos na forma prevista no novo parágrafo. É o início de um processo de inclusão de instrumentos internacionais. Esse processo, infelizmente, só teve uma aprovação até o momento: a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Essa mudança na aplicabilidade e na eficácia dos direitos fundamentais reconhecidos e assumidos em Pactos como este já torna imprescindível a reflexão sobre este tema. Portanto, houve uma grande modificação no sistema normativo.

O objetivo desse artigo é mostrar que muitas inovações decorreram desse instrumento e que já está em vigor. Essa Convenção da ONU, internalizada como nenhuma antes havia sido (com *status* de emenda à Constituição), trouxe grande modificação. Dentre elas, a obrigação de ajustar o sistema normativo às normas convencionais. Isso ocorreu, dentre outros documentos, com a Lei Federal 13.146 de 06 de julho de 2015 foi promulgada para reafirmar e explicitar os novos conceitos, além de introduzir outras normas que modificaram o sistema tradicional interno.

O objetivo desse pequeno trabalho é mencionar as novidades, ajudar na aplicação dos novos padrões e reafirmar que estamos diante de uma nova realidade normativa, já completa, instalada e aplicável.

1. A UTILIZAÇÃO DA NOMENCLATURA CORRETA COMO FORMA DE RESPEITO E INCLUSÃO

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência modificou a Constituição, que tratava do tema como “pessoas portadoras de deficiência”. O instrumento internacional, recebido com status de emenda à Constituição, usa a expressão mais moderna, mais adequada à realidade atual, “pessoa com deficiência”. Tratar do tema com a nova terminologia é uma das formas de respeito a esse grupo vulnerável. É uma das formas de refletir a atualidade do tratamento do tema.

Apenas a título de contextualização, a primeira vez em que houve previsão legislativa direta e sistemática a respeito das pessoas com deficiência foi na Emenda Constitucional n.12, de 1978, da chamada de Constituição de 1969. Assim preceituava:

Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

I- Educação especial e gratuita.

II- Assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País.

III- Proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários.

IV- Possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. (grifo nosso)

Em seguida, a nova Constituição de 1988 garantiu às pessoas com deficiências direitos e proteções conforme vistos, por exemplo, na proibição de discriminação ao trabalhador *portador de deficiência*; na reserva de vagas aos candidatos *portadores de deficiência* e nos critérios de admissão previstos em lei; na previsão de garantia de um salário mínimo mensal a *pessoa portadora de deficiência* que comprove não possuir meios de prover sua subsistência. (artigos 7, XXX; 37, VIII).

Está previsto também o dever do Estado na garantia do atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino; o princípio a nortear a atuação estatal no que se refere a programas de prevenção e atendimento especializado para os *portadores de deficiência*, física, sensorial ou mental e a integração do adolescente com deficiência mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, dentre outros (artigo 208, III; artigo 227, II).

A Constituição de 1.988 adotou a terminologia adequada para a época. O mesmo ocorreu em 1.978, quando da Emenda Constitucional n. 12.

Também vimos o uso do termo “pessoa portadora de necessidades especiais” e “especiais” em normas como o Decreto 3298/99 que regulamenta a Lei 7.853 de 1989 sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e a Lei 10.172/2001 que trata do Plano Nacional de Educação.

Nas normas brasileiras que tratam dos direitos das pessoas com deficiência percebe-se o uso de diversas terminologias que refletem a maneira como a sociedade via esse público. O termo *deficiente* por exemplo leva a concepção de que aquela pessoa não é “normal”. Segundo o dicionário Aurélio, *deficiência* significa: imperfeição, falta,

lacuna, deformação física ou insuficiência de uma função física ou mental, assim como, *inválido* significa indivíduo impossibilitado de trabalhar ou de exercer a sua profissão; que não tem força, energia ou vigor; que não tem validade.¹

A nomenclatura “pessoa com deficiência” passou a ser utilizada apenas após a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, mostrando que a pessoa vem antes da deficiência e esta é uma condição, não algo que se pode portar ou não portar. A mudança na terminologia em documentos jurídicos mostra também uma mudança de visão da sociedade sobre essas pessoas. Passando de uma visão, um tratamento de exclusão, de anormalidade para um tratamento de igualdade.

O início desse trabalho, portanto, traz uma advertência sobre a utilização da terminologia adequada: pessoa com deficiência. Quem quiser tratar do tema de forma inclusiva, como determina a Constituição e a Convenção da ONU, deve se utilizar do tema adequado. É a maneira que temos de exprimir, pela linguagem, o respeito ao grupo. É a forma de dizer que respeitamos essas pessoas e que usamos a terminologia adequada para se referir a elas. Imaginemos usar para outros grupos vulneráveis terminologia inadequada, quer em tema de gênero ou raça, por exemplo. O mesmo ocorre com a pessoa com deficiência. Utilizar, portanto, a terminologia adequada é uma forma de respeito e, certamente, reveladora de atenção e consideração ao grupo.

¹ <dicionárioaurelio.com>; acesso em 13/08/2018

2. A CONVENÇÃO E SEUS PONTOS PRINCIPAIS. FUNÇÃO DE MODIFICAR E PERMITIR A NOVA LEGISLAÇÃO

Os direitos da pessoa com deficiência passaram por muitas modificações ao longo das últimas décadas, mas a mais significativa, provavelmente, é a que ocorreu após a implementação da Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 2006.

Embora o Brasil já tivesse ratificado outros documentos no sentido da proteção de direitos fundamentais, o fato é que eles eram interpretados, de forma genérica, com o *status* de lei ordinária, ou seja, estavam abaixo da Constituição Federal em termos de eficácia e normatividade.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006 após quatro anos de tratativas. Trata-se do primeiro tratado internacional de Direitos Humanos a ser incorporado na legislação brasileira com o *status* de emenda constitucional por força do parágrafo 3º do artigo 1º da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, como já dito. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº186/2008 e internalizada por meio do Decreto Federal nº6949/2009.

Já era previsto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal que os direitos e garantias fundamentais ali expressos não excluía outros previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos nos quais o Brasil fizesse parte. No entanto o

Supremo Tribunal Federal os interpretava como tendo *status* de lei ordinária ou mesmo com uma hierarquia intermediária.

Após a EC 45/2009, foi acrescentado o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição, deixando claro que após aprovação nas duas Casas do Congresso, em votação com quórum qualificado, o tratado passaria a fazer parte da própria Constituição. Assim, não restou mais dúvidas quanto a intenção do legislador de que os documentos internacionais que versem sobre direitos humanos tenham força constitucional, obedecido o rito lá previsto.

Já no preâmbulo da Convenção de 2006 vemos caracterizada a indivisibilidade, interdependência e universalidade dos direitos das pessoas com deficiência que também têm fundamento na teoria do sistema internacional de direitos humanos, mas com uma especial proteção, pois se trata de uma minoria com longo histórico de discriminação, segregação e privação. Expressamente são mencionados os princípios da dignidade; igualdade; liberdade; não discriminação; o novo conceito de deficiência; igualdade de oportunidade; diversidade da pessoa com deficiência; cooperação internacional para melhora da qualidade de vida das pessoas com deficiência; participação social; independência e liberdade de fazer escolhas; participação em tomada de decisões e políticas sobre aquilo que lhes disser respeito; acessibilidade plena; apoio e assistência as famílias das pessoas com deficiência.

O artigo 4º da Convenção estabelece as obrigações dos Estados-membros quanto a implementação do tratado em seus territórios, assim deverão atualizar suas legislações

internas², desestimular a prática de discriminação, estabelecer políticas públicas para o desenvolvimento e inclusão das pessoas com deficiência, capacitar profissionais para a educação, saúde, habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, instituíam políticas de pesquisa para o avanço de tecnologias, fomentem a ampliação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Dessa forma, podem os Estados membros ampliar direitos e proteções já existentes, mas nunca diminuir ou excluir.

Com a ratificação e a internalização, já se pôde sentir a inovação do sistema jurídico pátrio, mas principalmente após a entrada em vigor da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

3. A LEI BRASILEIRA DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTANTE DA CONVENÇÃO DA ONU

Em cumprimento a determinação da Convenção quanto as obrigações dos Estados partes foi promulgada em 06 de julho de 2015 a Lei 13.146 conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Os projetos de lei anteriores à aprovação da Convenção foram reunidos e ajustados aos

² A Lei 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência é um dos instrumentos realizadores da adaptação da ordem interna à Convenção.

novos termos da Convenção. O Governo Brasileiro tratou de reunir um grupo encarregado de promover tal ajuste e elaborar um ante-projeto de lei, que foi entregue ao Poder Legislativo. Esse, de seu lado, alterou, modificou e terminou por aprovar a Lei 13.146 de 2015.

A nova lei sistematiza os direitos e garantias relativos às pessoas com deficiência que estavam em legislações esparsas. Também reafirma todos os preceitos declarados pela Convenção Internacional da ONU e que não tinham correspondência na legislação pátria. A Lei 13.146-15 foi, portanto, um dos meios de internalização dos comandos convencionais à realidade normativa brasileira, obrigação assumida pelo Brasil.

Dentre as inúmeras inovações que a norma sintetiza, não se pode deixar de mencionar a grande celeuma causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao revogar parcialmente o artigo 4º. do Código Civil, que trata da capacidade civil.

Essa profunda e arrojada mudança no instituto da capacidade civil foi proposta principalmente porque o conceito de deficiência passou a abarcar uma gama de pessoas que estavam em um limbo do usufruto de direitos, as pessoas com doença mental ou transtornos psicossociais, vítimas de uma situação de invisibilidade social e de um estigma cruel.

A declaração de incapacidade absoluta e a imposição de uma interdição civil significava a própria morte em termos civis. Nessas condições, a pessoa interditada não tinha o comando de suas escolhas nem a possibilidade de realizar pequenos e simples atos jurídicos. A ideia é de que seja dada e ensinada a qualquer pessoa com deficiência mental ou intelectual a oportunidade de desfrutar de passagens simples e cotidianas que

trazem em si o próprio sentido da dignidade. Poder fazer escolhas, ainda que assistidas em alguns momentos, garantem a certeza de participação, pertencimento e inclusão na comunidade. Se o sistema, anteriormente, permitia uma certa limitação, agora, ao contrário, é a regra. Há que buscar as potencialidades das pessoas.

Por meio dessa grande mudança e com vistas a autonomia das pessoas com deficiência, segundo preconiza a própria Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a sociedade e os Poderes Públicos deverão investir em educação, em programas de assistência social, educação sexual e planejamento familiar.

Sem descuidar de situações potencialmente prejudiciais às pessoas com deficiência, a lei prevê a possibilidade de deferimento de dois novos institutos: a curatela e a tomada de decisão apoiada, que, no entanto, serão concedidas apenas com o objetivo de tutela patrimonial ou negocial.

A curatela é similar a antiga interdição, porém, em seu processamento, deverá obrigatoriamente ser ouvido o curatelado e levada em conta sua opinião a respeito do curador e o juiz deverá ser assistido por equipe multiprofissional. (Artigo 114 da Lei 13146/2015).

A Tomada de Decisão apoiada é um instituto completamente novo e que permite ao próprio interessado indicar ao juiz pessoas que o auxiliem em momentos nos quais ele se sentir mais vulnerável. A repartição das responsabilidades, preservada a vontade da pessoa, é assumida pela lei, de maneira que haja mais agentes envolvidos no processo de decisão da pessoa com deficiência, sempre com a guarda e supervisão do Poder Judiciário.

4. ALGUMAS NOVIDADES: O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA; A BUSCA DAS POTENCIALIDADES; A PERÍCIA E A EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

A principal e mais inovadora mudança que a Convenção trouxe e que norteou a Lei 13.146/2015 foi o próprio conceito de deficiência. Afinal como saber se uma pessoa é considerada com deficiência para as finalidades da lei ou não?

Diz o texto da Convenção:

“Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

Em seguida no artigo primeiro está preceituado que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Ou seja, de acordo com essa definição, a “deficiência” poderá se manifestar ou não dependendo da situação em que a pessoa se encontre. A título de exemplo, se uma pessoa tiver uma limitação funcional, mas não houver barreiras naquele determinado

ambiente, pode ela não ser considerada com deficiência. Desta forma vemos o quanto as barreiras do ambiente influenciam na condição de deficiência de uma pessoa. As limitações funcionais existem e não podem ser modificadas, tal como uma tetraplegia, porém os obstáculos que existem podem ser retirados, como por exemplo uma rampa onde houver escadas.

Os primeiros documentos jurídicos que abordaram a deficiência usavam o modelo médico como parâmetro. Não é de se estranhar pois as pessoas com deficiência ao longo da história foram “tratadas” como se a deficiência pudesse ser curada pois, afinal, se tratava de uma anormalidade. Entregava-se aos médicos a tarefa de dar uma resposta não só a para as causas dessas “anormalidades”, visto que eram consideradas doenças, mas também para o tratamento durante a vida, daí incluindo-se até mesmo a educação.

O novo conceito baseia-se no modelo social de deficiência. A deficiência surge da presença de alguns fatores: o impedimento a longo prazo aliado as barreiras encontradas. O impedimento é de origem biológica, congênito ou adquirido e as barreiras são de diversas ordens: arquitetônicas, ambientais, pedagógicas, atitudinais, e assim por diante.

Nessa toada, percebe-se que para aferir se existe ou não deficiência naquele individuo é preciso mais do que uma perícia feita por um médico, é preciso um estudo bem mais aprofundado e multidisciplinar.

Aproveitando esse ponto e já antecipando um tema bastante inovador, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê no parágrafo primeiro, do artigo segundo, a avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Trata-se de

uma nova maneira de se aferir a deficiência baseada no modelo social acolhido pela Convenção da ONU.

Essa avaliação deverá ser utilizada para a aplicação de todos os direitos e proteções garantidos pela Lei 13.146/2015, porém ainda não existe um modelo, um parâmetro oficial a ser adotado.

Importante ressaltar que essa avaliação deverá subsidiar o juiz nas decisões a respeito de curatela e tomada de decisão apoiada conforme preceitua o artigo 1771 do Código Civil.

Outra grande mudança e que gera muitas dúvidas é sobre quem seria o sujeito de direitos da Convenção e da Lei 13.146/2015. Durante as tratativas do documento internacional perante o comitê *ad hoc* instituído para tal fim, houve grande discussão a respeito da inclusão dos termos *mental* e *intelectual*, além das pessoas com transtornos psicossociais.

As chamadas doenças psicossociais são aquelas provocadas pela influência do contexto social e que afetam diretamente o estado psicológico do indivíduo podendo levar ao esgotamento mental e físico e refletindo no funcionamento do seu organismo biológico. Algumas pessoas nessas condições podem mudar de tal forma seus comportamentos que se tornam hetero ou auto agressivas.

A nomenclatura deficiência intelectual passou a ser utilizada para se diferenciar da doença mental. A doença mental sempre trouxe um estigma para o indivíduo acometido partindo-se do pressuposto de que quem a possui tem um comportamento sempre antissocial e até mesmo perigoso para as demais pessoas.

A deficiência intelectual foi definida pelo Decreto 5.296/2004, que regulamentou da Lei 10.098/00 e, como já dito em outro tópico, foi o primeiro documento legal a definir quais eram os tipos de deficiência no Brasil. Como o referido Decreto é anterior a Convenção, usava a nomenclatura *deficiência mental*. Essa conceituação leva em conta como sendo deficiência mental o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos 18 anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas (comunicação, cuidado pessoal, habilidade social, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer, trabalho). Por sua vez a doença mental passou a ser considerada como transtornos mentais severos tais como esquizofrenia, bipolaridade, depressão grave os quais, em geral, aparecem após os 18 anos de idade.

5. A INCLUSÃO COMO VETOR DA EDUCAÇÃO

O último tópico que abordaremos, com o fito de, nesse pequeno trabalho, ressaltar as novidades do sistema em relação à pessoa com deficiência, refere-se ao direito à educação, mais precisamente a educação inclusiva.

A educação é a base da construção da cidadania, é um atributo da dignidade da pessoa humana, direito fundamental que merece e necessita de tutela estatal. Não há necessidade de desenvolvimento desse tópico, diante da evidência clara do papel da educação.

Os princípios básicos da educação são os estatuídos no artigo 206 da Constituição da República e preconizam: a igualdade de condições para o acesso e permanência na

escola, a liberdade de aprendizagem, de ensino e pesquisa, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a valorização dos profissionais do ensino, a gestão democrática do sistema educacional e das unidades escolares e a garantia do padrão de qualidade.

Ao deliberar sobre a igualdade de condições de acesso, encontramos inclusive a vedação para que estabelecimentos de ensino privados estipulem critérios discriminatórios para a admissão de alunos. Dessa forma já havia previsão constitucional contra a exclusão de alunos com deficiência do sistema regular de ensino.

Entretanto ainda proliferavam escolas especiais sob o argumento de que as escolas regulares “não estavam preparadas para receber o aluno com deficiência.”

Mais uma vez a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência veio colocar fim a questão. Em seu artigo 24, preceitua que: “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida.” E ainda que: “As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação”

E mais, a Lei 13.146/2015 deixou absolutamente claro que não caminhos, salvo o ensino inclusivo, para a educação. O parágrafo primeiro, do artigo 28, dispõe que às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos, I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do “caput” deste artigo e é vedada a cobrança de valores adicionais

de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Todos esses incisos são obrigações quanto a criação, desenvolvimento, implementação, incentivo, acompanhamento e avaliação de sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades; projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia; planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva; oferta de profissionais de apoio escolar, dentre outras.

Todos os estabelecimentos de ensino básico devem se equipar de acessibilidade para receber e oferecer atendimento pedagógico para o aluno com deficiência. Aqui uma especial atenção: acessibilidade escolar vai além de rampas e elevadores, acessibilidade é um conceito muito mais amplo e que envolve todas as questões relativas ao aprendizado. Pensar em estratégias de ensino para um aluno com deficiência intelectual, por exemplo, não se resume a encurtar o currículo ou fazer a aprovação progressiva. É necessário buscar nos próprios bancos de ações pedagógicas aquelas que façam sentido para as habilidades daquele determinado aluno.

A recusa de matrícula de aluno com deficiência já era considerada crime antes mesmo da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, conforme o artigo 8º, inciso

I, da Lei 8.753 de 1989. No entanto, mais do que recusar flagrantemente as matrículas, situação esta de difícil prova, com a entrada em vigor da Lei 13146/2015 os estabelecimentos privados de ensino passaram a questionar sua atribuição para educar alunos com deficiência.

Esse movimento culminou e teve fim com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357 proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenem contra o artigo 28 da Lei 13.146/2015.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator Ministro Edson Fachin, julgou constitucionais as normas da Lei 13.146/2015 que estabelecem a obrigatoriedade das escolas particulares de aceitarem matrícula dos alunos com deficiência e promover as medidas de adaptação necessárias sem repasse de ônus financeiro as famílias. A decisão merece ser mencionada, pela sua clareza e pelo estímulo ao ensino inclusivo.³

CONCLUSÃO

Temos um novíssimo e interessante panorama legislativo no Brasil que nos leva a repensar antigos e arraigados conceitos.

³ Cf. ADI 5357 - Relator Min. Edson Fachin, julgamento 09/11/2016, Plenário do Supremo Tribunal Federal, in <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

As normas já estão em vigor e surtindo efeitos inclusive em ações em andamento o que faz premente a discussão e o debate acerca dos novos temas.

Logicamente que a mudança de comportamento social em relação as pessoas com deficiência terá seu caminhar pautado principalmente pela conscientização dos direitos e da igualdade como devem ser tratados. Porém, com o avanço na legislação que impõe determinadas condutas de inclusão plena, como a educação, por exemplo, já faz nascer um novo e consciente cidadão que não terá as mesmas dificuldades na aceitação e na preservação de direitos que encontramos hoje. Todos nós somos parte nesse processo. E a velocidade de sua implementação é determinada por todos nós.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência, Corde, Brasília, 2011, 4ª. Edição, in http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf (acesso aberto)

ARAÚJO, Luiz Aberto David e Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovisky, “A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito”, in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 18-1, in <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/867>

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil, Ed Atlas, 11ª edição, 1994;

CARVALHO ROLLA, Gustavo Augusto Pereira de; AMARAL DICK, Maria Elmira Evangelina do (coordenadora). Direito das Pessoas com deficiência e dos Idosos. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2013.

DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida e COSTA FILHO Filho, Waldir Macieira. Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da Republica, 2014;

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia e dos SANTOS, Wederson Rufino. Disponível em: <<http://www.revistasur.org>>. Acesso em 25 mai.2018.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão e LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Pessoa Com Deficiência, Editora Saraiva, 1ª Edição, 2013;

GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luis Gomes (coordenadores). Deficiência no Brasil, Editora Obra Jurídica, 2007;

LEITE, Flavia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luis Gomes e COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coordenadores). Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, Editora Saraiva, 2016;

MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. A Reforma Constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela

Organização das Nações Unidas, Revista Eletrônica do Tribunal regional do Trabalho do Paraná, Grupos Vulneráveis, maio de 2013;

Ministério Público, Sociedade e a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, organizadores: Eugênia Augusta Gonzaga e Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, ESMPU, Brasília, 2018 (acesso gratuito em file:///C:/Users/L%20uiz/Downloads/MP,%20SOCIEDADE%20E%20LEI%20DE%20INCLUS%C3%83O.pdf)

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada: e Legislação Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional, 2ª. Edição, Editora Saraiva 2011;

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 11ª edição, Editora Saraiva, 2010;

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição, Editora Juspodium, 2016;

SILVA, Oto Marques da. A Epopeia Ignorada, A pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje. São Paulo – CEDAS, 1986.

FARIAS, Norma e BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e saúde da organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas – Revista Brasileira de Epidemiologia, 2005; 8 (2): 187-93.

DIREITO À SAÚDE E A DENOMINADA RESERVA DO POSSÍVEL

Mônica Magalhães Serrano
Vidal Serrano Nunes Júnior

MÔNICA MAGALHÃES SERRANO

Desembargadora do TJSP

Bacharel em Direito e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP

Doutoranda em Direito Constitucional e Processual Tributário - PUC-SP

Procuradora do Estado de São Paulo

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR

Procurador de Justiça e Bacharel em Direito pela PUC-SP

Professor Livre Docente de Direito Constitucional da PUC-SP

1. DIREITO À SAÚDE – CONCEITO

O direito à saúde constitui direito fundamental do ser humano, diretamente ligado ao direito à vida, à condição básica do cidadão.

Seu conceito pode ser extraído da Constituição Federal, através de vários preceitos, e em decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal Brasileira, sendo obrigação do Estado a sua observância, de acordo com o que prescreve claramente o artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Verifica-se claro que a estrutura conceitual trazida pela dispositivo constitucional em epígrafe acompanha a definição do pacto que criou a Organização Mundial de Saúde (OMS), no sentido de adotar um conceito amplo de saúde, significando um estado de completo bem-estar físico, mental e social, com atribuição inequívoca, outrossim, de direito subjetivo público, exercitável, inclusive, judicialmente, caso reste desrespeitado.

A par do conceito amplo de saúde, cumpre observar que não resta qualquer dúvida quanto ao dever do Estado no que diz respeito à promoção, proteção e recuperação do estado de saúde dos cidadãos, em decorrência do contido no dispositivo constitucional acima, inclusive com entonação da prioridade na atuação preventiva, o que confere maior eficácia à gestão pública nessa área, e implica menor gasto público.

Contudo, vale ponderar que o conceito de saúde nem sempre teve sentido tão extensivo. Historicamente, foi só a partir do século XX que a saúde passou a ter uma conotação social de ampla dimensão, relacionada a uma garantia do cidadão, o que se verifica especialmente após as guerras mundiais, quando se deu, inclusive, o surgimento de organizações supranacionais e uma série de tratados e documentos internacionais, todos voltados à defesa de direitos humanos.

Com efeito, a Organização das Nações Unidas foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, quando do término da Segunda Guerra Mundial, com objetivo claro de manutenção da segurança e da paz mundial, e de promoção dos direitos humanos, entre outros.

Já em 10 de dezembro de 1948 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual conta com trinta artigos, que revelam a preocupação com os direitos fundamentais do cidadão. Observe-se, ainda, a grande influência exercida nesse sentido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, apesar de elaborada no decorrer da Revolução Francesa, em 1789, ainda se mostra atual, com franca tendência de buscar a efetividade dos direitos do homem.

De vital importância, igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 16/12/1966 e em vigor desde 03/01/1976, cujo texto dispõe que “seus membros devem trabalhar para a concessão de direitos econômicos, sociais e

culturais (DESC) para pessoas físicas, incluindo os direitos de trabalho e o direito à saúde, além do direito à educação e à um padrão de vida adequado”.¹

Ademais, convém salientar, a Convenção de Viena de 1969, elaborada pela Comissão de Direito Internacional da ONU, vigorando desde 1980, com o importante papel de unificar o direito internacional. Apesar de não se verificar todas as nações como signatárias, exerce papel de grande importância como influenciadora comportamental.

Sob os influxos dessas ideias, a saúde, especificamente, passou a ser tutelada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), agência especializada da ONU, criada em 1946, que passou a explicitar o conceito de saúde:

Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos.

Fica descartado, assim, aquele conceito primário de saúde, equiparado à mera situação de ausência de doenças, o qual é revisto e adquire novos contornos. O direito à saúde passa a incluir elementos de melhor qualidade, maior integridade e a inclusão necessária da vida humana com maior dignidade.², criando novas dimensões na respectiva tutela jurídica:

Com efeito, a afirmação da saúde como ausência de doença, como dito, embora padeça de insubsistência, afirma a existência de um núcleo preciso, orientando a compreensão do que, de forma clara e inquestionável, é direito subjetivo do indivíduo,

¹https://pt.wikipedia.org/wiki/Pacto_Internacional_dos_Direitos_Econ%C3%B4micos,_Sociais_e_Culturais

² DALLARI, Sueli Gandolfi . *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 18.

ou seja, de assistência integral, quer para evitar, quer para tratar, quer para ainda readequar o indivíduo socialmente. Já as formulações incorporadas pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, consubstanciando inegável evolução na abordagem do tema, talvez apresentem como virtude maior a identificação da saúde como um bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma individual, outra coletiva e outra de desenvolvimento, assim pensado não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações³

A Constituição Federal de 1988, nessa esteira, seguindo, ainda, tendência avançada em relação aos direitos sociais, consagra o direito da saúde como direito social e fundamental (artigo 6º da CF/88), a ser viabilizado por meio de um sistema único de atendimento à população, qual seja, o SUS - Sistema Único de Saúde, previsto no artigo 198 da Carta Magna, sob os princípios da igualdade e universalidade.⁴

O sistema público de saúde anterior ao regime constitucional atual era praticamente inexistente, limitado aos contribuintes da Previdência Social. Os demais cidadãos destituídos de condições financeiras ficavam à mercê de caridade e/ou filantropia.

A criação do Sistema Único de Saúde rompeu esse sistema anterior, tendo sido instituído especialmente sob os princípios da universalidade e integralidade, por força dos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, mediante rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, e organizado segundo três diretrizes,

³ DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2006, p.10

⁴ A Lei Orgânica de Saúde (Lei 8080/90) dispõe sobre as ações e serviços de saúde em todo o território nacional. O Decreto 7508/11 regulamenta a Lei orgânica de Saúde, enquanto as Leis 8142/90 e 12466/11 dispõem sobre controle social e participação da comunidade na área da saúde

quais sejam, a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, e a assistência integral, assegurada, ainda a participação da comunidade.⁵

Assim, o acesso público à saúde passa a ser universal, e de responsabilidade do Estado, com gestão a ser compartilhada entre todos os entes federativos.

Entretanto, a grande celeuma atual tange à efetividade de toda a gama de direitos sociais, como também do direito à saúde, o que deve ser objeto de análise conjuntamente com a limitação de recursos públicos e sob a ótica da denominada reserva do possível.

Importante consignar, outrossim, que o serviço público de saúde não configura atividade pública exclusiva, sendo livre a atuação da área privada, como possibilita o artigo 199 da CF, cuja atividade se dará de forma suplementar, mediante contrato de direito público ou convênio e com preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Esse é um ponto facilitador e positivo à sociedade, mas também tem gerado alguns problemas ao cidadão ante o aumento expressivo do mercado de saúde suplementar via planos e seguros, cujos institutos passaram a ser objeto de severas críticas desenvolvidas pela doutrina no sentido de que a explosão dos mesmos poderia culminar em uma verdadeira exploração empresarial, com simples finalidade de lucro, que transmudaria o próprio direito à saúde em mercadoria⁶, e que nem sempre significa um serviço de qualidade colocado à disposição da sociedade, sendo mínima, ainda, a fiscalização e regulamentação dessa atividade suplementar.

⁵ A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta a participação dos usuários na gestão do SUS, possibilitando forma de controle social, inclusive no que diz respeito aos gastos públicos, através de Conferências e Conselhos de Saúde.

⁶ BOTTESINI, Maury Ângelo. MACHADO, Mauro. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 46.

Atualmente, o cidadão, enfrentando grande crise financeira e econômica no País e falhas no atendimento público de saúde, acaba buscando convênios particulares mais acessíveis, que oferecem preços módicos, mas com pouca efetividade.

O que ocorre é que os planos de saúde mais acessíveis possuem retributividade mínima, o que apenas intensifica o problema da efetividade e integralidade do direito à saúde, especialmente para as camadas sociais mais humildes.

Pondere-se, igualmente, que atualmente cresce da mesma forma na área da saúde a atuação do terceiro setor, o qual desenvolve atividade de interesse público, embora sem finalidade lucrativa.⁷ E a participação privada na área da saúde, de forma complementar, por meio do terceiro setor, pode ocorrer de forma variada, como destacam Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos:

A primeira ideia importante que se deve considerar a respeito da terceirização das ações e serviços de saúde, portanto, é o próprio conceito de complementaridade da iniciativa privada nesse setor, pouco importando o instrumento jurídico legitimador da parceria com o SUS, se convênio, termo de parceria ou contrato de gestão. O conceito é dado pelo caput do art. 24 da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990): “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a

⁷ José Eduardo Sabo Paes denomina terceiro setor “o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento” (Apud BARBIERI, Carla Bertucci, *Terceiro Setor – Desafios e Perspectivas*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 57).

*cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.*⁸

Com esta abertura, a atuação do denominado terceiro setor tem se intensificado em várias áreas, para fins de execução de políticas públicas, inclusive na área da saúde, o que se dá especialmente por meio de Organizações Sociais (OS) – Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – Lei 9.790, de 23 de março de 1999, ⁹ambas sem finalidade lucrativa.

2. DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL VIABILIZADORA

O direito à saúde consubstancia claramente direito social, previsto no rol do artigo 6º da Constituição Federal:

São considerados direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, por força do artigo 6º da Constituição ¹⁰

⁸ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. COIMBRA, Mário. MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012, pg. 151.

⁹ A diferença básica entre os dois institutos é que nas OS o Estado transfere o serviço público para a iniciativa privada, mediante celebração de contrato de gestão, enquanto nas OSCIPs há parceria do Estado com o particular (BARBIERI, Carla Bertucci *in Terceiro Setor: Desafios e Perspectivas Constitucionais*, ob. Cit., p. 120.)

¹⁰ Com a alteração advinda da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que introduziu ao rol dos direitos sociais o direito à moradia, seguindo tendência de expansão e avanço na doutrina de tais direitos, que percorre caminho cumulativo no decorrer da história.

Importa alertar que o rol expresso no dispositivo legal acima não é exaustivo, havendo, evidentemente, outros direitos sociais difundidos ao longo do texto constitucional, tal como previsto expressamente no artigo 5º, parágrafo 2º, da C:F/88

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A conceituação de direitos sociais sempre foi de difícil delimitação e terá feição diferenciada, a depender do enfoque metodológico priorizado, contexto histórico ou político, entre outros fatores.

José Afonso da Silva, a exemplificar, desenvolve conceituação clássica quando designa direitos sociais, “como dimensão dos direitos fundamentais do homem”, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.¹¹

Mas por certo o grande problema a enfrentar, e que se impõe ao constitucionalismo atual, é no tocante à falta de efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais.

A eficácia das normas sociais estaria, desta forma, ligada à possibilidade de produção de efeitos a promover ou não a aplicabilidade das mesmas, não obstante toda norma

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª edição, 2006, p. 286.

tenha eficácia, ainda que mínima, até mesmo como condição de vigência, de acordo com os ensinamentos de Kelsen.¹²

Assim, como quaisquer normas constitucionais, as normas de direitos sociais são dotadas de imperatividade, tal como afirma Gustavo Amaral:

Longa foi a evolução dos direitos do homem até seu reconhecimento atual. Essa evolução, desde os reclamos fundados em uma visão ideal da criação do Estado, passando pelas primeiras declarações de direito, até o alargamento do conteúdo, com o surgimento dos direitos de 2ª, 3ª e, para uns, de 4ª geração, não nos é possível analisar, pelos limites do trabalho proposto. Para uma visão rápida sobre o tema, vale a leitura da primeira parte de Antonio E. Perez Luño, Los Derechos Fundamentales.

Dessa evolução cumpre destacar a posição atual, de que tais direitos são efetivamente direitos, são normas cogentes, reivindicáveis judicialmente, ao menos no seu núcleo mínimo^{13 14}

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, § 1º, que as normas veiculadoras de direitos sociais possuem eficácia imediata, mas ainda persiste o debate acerca do tema.

O constituinte, em regra, embora não seja a única forma de positivação dos direitos sociais, frequentemente se serve para a institucionalização de direitos sociais de programas,

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

¹³ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: Ricardo Lobo Torres (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001, p. 101.

¹⁴ De acordo com *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, São Paulo: Ed. Verbatim, 2ª ed.

apontando diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas, criando, para o Estado, um dever de agir, sem, contudo, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito.

Os direitos sociais, no bojo do Estado Democrático de Direito, devem estar relacionados com a observação do princípio da dignidade humana, caracterizando-se, portanto, como direitos fundamentais, que admitem, no âmago da Constituição Federal de 1988, duas dimensões, quais sejam: uma que atribui direito subjetivo aos destinatários, e outra, institucional, que estabelece ao Estado a condição de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, pode-se afirmar que no texto constitucional há algumas formas de positivação dos direitos sociais, ou seja, não se verifica a positivação apenas por meio de normas programáticas.

Desta forma é possível a constatação de cinco formas de positivação, a saber: i) normas programáticas; ii) normas constitucionais atributivas de direitos subjetivos públicos; iii) garantias institucionais; iv) cláusulas limitativas do poder econômico; e, ainda, v) normas projetivas, sendo certo que cada uma delas se equivalerá a um regime jurídico específico.

Dentre as normas programáticas é possível também identificar níveis diferentes de densidade, em razão de um enunciado genérico ou ainda com a definição de tarefas ao Estado.

A disposição constitucional que determina a busca do pleno emprego e a que especifica a redução das desigualdades sociais como princípios da ordem econômica, por exemplo, embora ambas impliquem direitos sociais, comportam graus diferentes de implementação.

Outras refletem maior nível de especificação, que atribuem tarefas ou programas ao Estado, um objetivo, tal como se dá com a norma contida no artigo 230 da CF.

As normas programáticas, de toda forma, devem ser interpretadas sob os princípios gerais de direito, especialmente os princípios da dignidade humana e da justiça social.

Importante ressaltar, contudo, que parte dos direitos sociais estão incorporados no texto constitucional enquanto normas atributivas de direitos públicos subjetivos a seus destinatários, tal como nos casos de direito à educação e saúde. O objetivo nesse ponto é deixar a fruência de alguns direitos, essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e da própria vontade administrativa do Estado no momento de sua aplicação. Consistem em direitos sociais que refletem a categoria de um mínimo incondicional da vida humana digna (mínimo vital), os quais, justamente por tal condição, apresentam regime jurídico mais denso.

Já há direitos sociais que ocorrem por meio das garantias institucionais, além de outros que consubstanciam limitação ao poder econômico, possibilitando a autonomia negocial econômica, mas com a preservação mínima do ente mais fragilizado, na acepção social do termo.

Finalmente, há que se pontuar os direitos sociais positivados por meio de normas projetivas, que ajustam normas fundantes da ordem econômica à função social.

Mas o que importa aqui objetivar são as normas sociais atributivas de direitos subjetivos e a efetividade de tais direitos.

Discussão controversa se dá acerca da efetividade dos direitos sociais, o que está diretamente ligado à forma de positivação desses direitos, o que implicará, ainda, na análise de possível mitigação de um direito social ante restrição orçamentária.¹⁵

3. DO DIREITO À SAÚDE E LIMITAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS: A DENOMINADA RESERVA POSSÍVEL

A garantia do mínimo existencial foi conceito que surgiu ligado diretamente à preocupação e dificuldade de efetivação de todos os direitos sociais dependentes de uma atuação estatal quando contrastados com a questão relativa à limitação dos recursos financeiros para a concretização de políticas públicas.

Essa a grande celeuma dos direitos sociais.

Desta feita, passou-se a acreditar que a efetivação dos direitos sociais deveria estar condicionada à existência de possibilidade econômica do razoável, consistente no princípio da reserva do possível.

Tal instituto surgiu na Alemanha, por meio de caso concreto que limitou direito subjetivo outorgado constitucionalmente à exigência do razoável, contrapondo a dificuldade de

¹⁵ Ver tese integral desenvolvida in NUNES JR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*, São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

concretização dos direitos sociais à limitabilidade dos recursos públicos necessários para a implementação de políticas públicas, com referência expressa no caso concreto a pedido de acesso universal a ensino público superior.

Primeiramente, é importante delimitar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo os seus fundamentos bem delineados pela própria Constituição Federal: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Claro que em tal contexto se torna essencial a consecução de direitos sociais que configurem uma existência digna do ser humano. Esse o objetivo maior da democracia.

E, ainda que se verifique a existência de normas programáticas em tal matéria, a atuação do Estado deve sempre ser evolutiva, devendo-se ainda observar a proibição de retrocesso, ou seja, o Estado deve atuar na matéria de direitos sociais progressivamente, buscando sempre uma qualidade de vida social mais eficaz ao cidadão, não sendo possível retroagir em política pública já desenvolvida e/ou efetivada.

Ademais, deve ser observado um núcleo fundamental mínimo configurador da dignidade da pessoa humana.

Vale trazer à tona as palavras de Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou, que relembram os ensinamentos de Kant, no sentido de que “a dignidade implica que o homem não possui um valor relativo, sendo um fim em si mesmo, ou seja, toda pessoa é

um fim em si mesmo, não devendo jamais ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas”.¹⁶

Importa dizer, então, que o núcleo fundamental, esse núcleo mínimo de dignidade deve sempre estar garantido. Mesmo na Alemanha, nascedouro da teoria da reserva do possível, chegou-se à conclusão da possibilidade de limitação dos direitos sociais, considerando a finitude do orçamento, desde que não ultrapassado o mínimo vital. Tendo-se em mente que as condições históricas e sociais da Alemanha são completamente diferentes das apresentadas no Brasil, é necessário cuidado, então, na aplicação desse instituto .

De um lado, então, no tocante aos direitos sociais, é possível a aplicação em tese da teoria da reserva do possível, como meio limitador, devendo sempre se fazer presente a realização do mínimo existencial para uma vida digna, de um mínimo vital. Mas não é só.

Além da configuração do mínimo vital, faz-se necessária a presença de uma correta e eficaz política pública, complementada pelo necessário planejamento e execução orçamentários, conforme princípios norteadores, especialmente o da legalidade.

Importa revelar, em tal sentido, que, para a consecução de seus propósitos deve o Estado ter capacidade de aparelhamento e condição econômica de atuação, sob um aspecto interventivo.

¹⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*, pg.35, e KANT, Immanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, Coleção Textos Filosóficos, 2007.

Impõe-se, logicamente, que, para uma efetiva atuação, o Estado realize gastos e, para tanto, deve possuir receitas, as quais são arrecadadas, basicamente, com a tributação.

O Estado, contudo, na equação a ser estabelecida entre as despesas e receitas, deve atuar prioritariamente na consagração dos direitos fundamentais do homem e na realização dos fins e valores consagrados constitucionalmente. Tudo visando aos objetivos traçados pela própria Constituição Federal.

É claro que há finitude de recursos, mas a escassez dos recursos públicos deve ser estudada e pensada pelo seu aspecto global, averiguando quais seriam as causas intrínsecas ao problema. Importante observar se houve um correto planejamento do orçamento público na realização dos desígnios constitucionais, o que se faz através das legislações orçamentárias, como também merece ser notado que fenômenos como a corrupção, execução orçamentária desconectada com o planejamento, má utilização das receitas públicas, bem como a falta de controle efetivo e fiscalização da gestão pública podem estar comprometendo as receitas públicas.

A correta focalização por parte do Poder Público e a gestão pública adequada na realização dos desígnios constitucionais democráticos podem, por certo, assegurar a máxima efetividade às normas sociais, de forma que se possa diminuir a miséria e as desigualdades sociais gritantes no País.

Em tal contexto, viável se faz o questionamento perante o Judiciário até mesmo na fase do planejamento orçamentário, no sentido de salvaguardar o interesse público e as necessidades sociais, devendo ser considerada, ainda, a relevância dada aos direitos fundamentais.

Assim, desde que não exista prova efetiva que justifique a aplicação da denominada cláusula da reserva do possível, esta não pode servir como fundamento para afastar direito fundamental do cidadão, especialmente no que tange ao direito à saúde, cuja aplicabilidade deve ser imediata e, caso não se verifique o implemento do direito subjetivo em concreto, viável a dedução perante o Poder Judiciário, para fins de se resguardar a integridade física.

Nesse sentido, já há diversos estudos que deixam clara a presença de recursos significativos no Brasil, mas com mínima eficácia na gestão dos mesmos, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais, o que denota a existência de má gestão pública e descuido com os gastos. Cite-se, em tal sentido, o que as jornalistas Chrystiane Silva e Carina Nucci destacam sobre o tema:

*O Brasil gasta demais e usa mal os recursos destinados a políticas sociais. Além disso, não mede a eficácia dos programas em andamento e os direciona à metade superior da pirâmide social. “Em poucas palavras, os programas não atendem os mais necessitados”, diz Peter Lindert, da Universidade da Califórnia, em Davis, nos Estados Unidos. Lindert pesquisou a história da assistência social em dezenas de países e publicou no começo deste ano o livro *Growing Public*, que examina as relações entre crescimento econômico e políticas de distribuição de renda. Lindert não pode ser etiquetado como um economista liberal ou antidesenvolvimentista. Ao contrário, sua obra busca demonstrar que países que adotaram políticas sociais de forma duradoura conseguiram reduzir as desigualdades com mais eficácia que os demais. O problema, diz ele, é que a virtude dessas políticas não deve ser medida por cifras, mas por sua eficácia. Segundo Lindert, vários países da América Latina destinam a programas*

*sociais mais do que as nações ricas faziam quando tinham economias menos desenvolvidas. Diz o economista: “A grande diferença é que na América Latina os recursos públicos beneficiam o estrato mais rico da população”.*¹⁷

Ademais, importante afirmar que, considerando as diferentes estratégias de posituação das normas sociais, algumas não admitem a aplicação de restrição orçamentária.

Os direitos sociais que integram o mínimo vital não se submetem a eventuais restrições orçamentárias, com também não admitem essa restrição as normas constitucionais que atribuem direitos subjetivos a seus destinatários.

Por essa razão, decorrendo o direito à saúde de norma atributiva de direito subjetivo, não se admite a aplicação da teoria da reserva do possível.

4. CONCLUSÕES

A Constituição Federal de 1988 ampliou o leque de direitos sociais a contemplar e salvaguardar o cidadão, possibilitando o exercício de uma vida digna.

A dignidade da vida humana passa ser o cerne da estrutura constitucional, reforçando a presença de um Estado Democrático de Direito.

¹⁷ SILVA, Chrystiane. NUCCI, Carina . *Orçamento. A falta de eficiência nos gastos sociais. Robin Hood às avessas. A política social do Brasil beneficia os ricos e peca pela falta de controle.* Revista Veja: São Paulo, Edição 1875. Caderno Economia e negócios. 13 out. 2004.

São vários os direitos sociais previstos, de forma expressa, como também implicitamente, pela Constituição Federal Brasileira, entre eles o direito à saúde.

O direito à saúde restou consagrado constitucionalmente sob os princípios da integralidade e universalidade, tendo sido adotado um conceito amplo, a seguir tendência internacional, e não mais apenas um conceito literal de inexistência de doença, incluindo o âmbito coletivo, o que deve conter tanto o aspecto da promoção como o preventivo.

Constitui, ademais, o direito social de saúde, consideradas as diferentes estratégias de positivação do texto constitucional, normas que não admitem a aplicação de restrição orçamentária, seja por integrar o mínimo vital, seja por consistir em norma constitucional atribuidora de direito subjetivo.

Não se mostra adequada, assim, a aplicação da denominada cláusula da reserva do possível enquanto fundamento para afastar direito fundamental do cidadão, sobretudo o direito à saúde, cuja aplicabilidade deve ser imediata e, não se verificando a viabilização concreta do respectivo direito subjetivo, viável a dedução perante o Poder Judiciário, para fins de resguardar a integridade física.

A judicialização, em tal contexto, pode ser traduzida em fenômeno que reflete pleitos judiciais que permitem a efetividade do direito individual à integridade física e do direito à saúde e consagram o pleno exercício da democracia brasileira e o aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde e de uma eficaz gestão pública, que deve ter por escopo as reais necessidades da sociedade.

Em compasso com o fato do direito à saúde consistir em norma constitucional atribuidora de direito subjetivo, a qual não admite restrição orçamentária, é essencial pontuar, por oportuno, que a questão da escassez dos recursos públicos não deve ensejar simploriamente a aplicação da reserva do possível. Com efeito, outros elementos mais complexos devem ser avaliados. Primeiramente, a própria gestão pública do orçamento deve ser objeto de verificação. Em tal sentido, o planejamento orçamentário deve estar compatível com as diretrizes e fins constitucionais, com uso eficaz da receita e correta focalização dos gastos. Não raro, os valores fundamentais são preteridos já na esfera do planejamento, além da interferência de outros elementos, como a corrupção, que devem ser analisados juntamente com a finitude de recursos públicos para que se efetive o respeito aos direitos do cidadão.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: Ricardo Lobo Torres (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001

BARBIERI, Carla Bertucci, *Terceiro Setor – Desafios e Perspectivas*, Curitiba: Juruá, 2008

BOTTESINI, Maury Ângelo Bottesini. MACHADO, Mauro Conti . *Lei dos planos e seguros de saúde comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora RT, 2005

DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995

DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2006

KANT, Immanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, Coleção Textos Filosóficos, 2007.

KELSEN, *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

SALAZAR, Andrea Lazzarini. BOZOLA, Karina . *A defesa da saúde em juízo*

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: Editora Verbatim

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª edição, 2006

A SECULARIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS
RELACIONADOS À INFÂNCIA
E À JUVENTUDE PELO ESTADO
AUTOPOIÉTICO

Paulo Roberto Fadigas César

PAULO ROBERTO FADIGAS CÉSAR

Juiz Titular da Vara da Infância e da Juventude de Penha de França e do Setor
Anexo de Atendimento de Crianças e Adolescentes Solicitantes de Refúgio e Vítimas
Estrangeiras de Tráfico Internacional de Pessoas
Juiz Diretor do Foro Regional de Penha de França

1 . A INFÂNCIA E JUVENTUDE NA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O tema da Infância e da Juventude não foi novidade introduzida pela Constituição Federal de 1988. Em breve esboço histórico, podemos lembrar que todas nossas constituições, exceto a última, mantinham uma estrutura rígida de primeiro estabelecer a forma de Estado e de Governo, depois normatizavam os Poderes e, ao final, enumeravam os direitos individuais.

A Constituição do Império elencava esses direitos no seu último artigo, isto é, o art. 179 e previa em seu inc. XXXII que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos. Interessante que, no inciso anterior, já previa que a Constituição garantia os socorros públicos, embrião do que iria ser a Assistência Social. E estabelecia a religião católica apostólica romana como religião oficial do Império.

Da Constituição de 1824, passamos para a primeira da República, ou seja, a de 1891. Em seu art. 72, há a declaração dos direitos individuais, muitos dos quais ainda permanecem na atual, com acentuada separação entre o Estado e a Igreja (liberdade religiosa no §3º, casamento civil no § 4º, cemitérios públicos no 21 5º, ensino leigo no § 6º e proibição de subsidiar qualquer culto no § 7º). O ensino é mencionado no art. 35, §§ 3º e 4º, mas desaparece qualquer menção ao ensino primário.

Em comum ambas tinham a ausência de qualquer proteção aos interesses sociais, por esse motivo a constituição seguinte, após quatro anos sem vigência de uma lei constitucional e a revolução constitucionalista de 1932, foi inovadora ao prever em seu art. 141¹ a obrigatoriedade ao amparo à maternidade e à infância. O aspecto social é bem destacado ao prever um capítulo para a Família e outro para a Educação e Cultura. O seu art.138, ante a peculiar redação, merece integral transcrição:

“Art. 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municipios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociaes, cuja orientação procurarão coordenar;
 - b) estimular a educação eugénica;
 - c) amparar a maternidade e a infancia;
 - d) socorrer as familias de prole numerosa;
 - e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono physico, moral e intellectual;
 - f) adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissiveis;
 - g) cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes.”
- (redação original)

¹Art 141. É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo á maternidade e á infancia, para o que a União, os Estados e os Municipios destinarão um por cento das respectivas rendas tributarias. (redação original)

Por fim, no capítulo sobre a Ordem Social e Econômica, mais precisamente no art. 121, §3º, há expressa previsão ao “amparo à maternidade e à infância”.

E após uma breve vida dessa última carta, o advento da Constituição de 1937 expôs um Estado mais autoritário e intervencionista: seu art. 124 previa compensações às famílias mais numerosas e estabelecia em seu art. 125 como dever dos pais a educação da prole, intervindo direta e indiretamente o Estado. Pela primeira vez em um texto constitucional constou a expressão “Infância e Juventude”. Isso se deu no art. 127 que também merece sua integral transcrição pela atualidade do texto:

“Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

Ambas constituições promulgadas na Era Vargas previam a proibição do trabalho para menores de 14 anos, o que foi mantido na Constituição de 1946 em seu artigo 157, inc. IX. Consta a diferenciação entre Infância e Adolescência no texto constitucional, *in verbis*: Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

A Educação dos necessitados era expressamente prevista no art. 172, com o seguinte texto: “Art. 172 - Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.”

Contrastando com as últimas três constituições analisadas, ambos diplomas constitucionais do Período Militar foram mais sintéticos. A Constituição de 1967 previa a assistência à infância e à adolescência em seu art. 167, § 4º e a de 1969, no art. 175, § 4º, mas foi diminuída a idade mínima para o trabalho para 12 anos (art. 158, inc. X, na Constituição de 1967 e art. 165, inc. X, na de 1969).

2. A INFÂNCIA E JUVENTUDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O tratamento dado pela Constituição de 1988 em relação à Infância e à Juventude foi significativamente diferente de todas as anteriores. O art. 6º, que já sofreu três modificações, dispõe que “a proteção à maternidade e à infância” é direito social, cabendo a todos os entes da Federação legislar sobre proteção à Infância e à Juventude (art. 24, inc. XV).

Na área da Infância e da Juventude, o art. 227 foi revolucionário porque estabeleceu de forma assertiva a “absoluta prioridade” dos direitos das crianças, adolescentes e, atualmente, dos jovens, sendo pedra angular de todo o sistema de direitos e garantias da Infância e da Juventude. O dispositivo constitucional em comento estabelece como

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade uma série de direitos (“caput”), garantindo assistência à saúde (§ 1º), estimulando a guarda subsidiada (inc. VI), executando programas de prevenção e atendimento especializado a crianças e adolescentes em relação à drogadição (inc. VII) e ordenando que a lei punisse severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (§ 4º). A EC 65/2010 acrescentou ao “caput” do art. 227, ao § 1º e ao inc. VII a figura do jovem, estendendo a proteção.

É do senso comum que nesses últimos trinta anos o analfabetismo é muito baixo² entre os mais jovens e as taxas de mortalidade infantil³ também são muito mais baixas que outrora, resultados somente possíveis pelo planejamento e trabalho da Educação e do Sistema Único de Saúde, respectivamente. Em todas nossas constituições há previsão sobre a Educação, que necessariamente abrange a Infância e a Juventude, portanto é o direito social mais antigo em termos constitucionais, sendo que a Saúde, como direito social, é de previsão mais recente, mesmo porque o SUS foi criação da Carta de 1988.

3. SECULARIZAÇÃO

2 Os dados oficiais se encontram na obra: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios : síntese de indicadores : 2015, Editora IBGE, Rio de Janeiro, 2016.

3 O relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento BID de 2016 denominado “Os primeiros anos: o bem-estar infantil e o papel das políticas públicas” editado por Samuel Berlinski e Norbert Schady, disponível <https://publications.iadb.org/handle/11319/7259> em 10 de julho de 2018, traz dados sobre a queda da mortalidade infantil na América Latina no quadro de págs. 35.

Secularização é o processo em que uma atividade realizada pela Igreja passa para outra organização não religiosa, muitas vezes o Estado. Há dois momentos distintos: a ida (ou a criação) de uma atividade não religiosa para a Igreja e, o segundo, o seu retorno (ou captação) para um ente laico. Quando esse ente é o Estado, o primeiro momento se caracteriza pela descentralização e o segundo, a centralização que vem ocorrendo lentamente desde o fim da Idade Média, com avanços e recuos. No Brasil, por exemplo, a Educação foi uma das primeiras atividades públicas que sofreu secularização, ao lado da atividade funerária e dos registros civis, enquanto a Assistência Social ainda está sendo uma das últimas. De outro lado, quase todas essas atividades foram estabelecidas no Brasil pela própria Igreja.

Para explicar o primeiro momento, mister se faz outro esboço histórico.

A Igreja cristã no Império Romano do Ocidente teve um papel inovador na sociedade da Antiguidade: criou escolas junto às paróquias, hospitais para os enfermos pobres, asilos para idosos abandonados, asilos para viúvas sem família, assistência aos encarcerados, hotéis para peregrinos e abrigos para crianças órfãs e pobres ⁴.

Enquanto isso as funções estatais de Roma incluíam atividades típicas de Estado, como corpos administrativos, legislativos e judiciários, forças armadas, e outras relacionadas ao Poder, como distribuição de alimentos e a realização de espetáculos, mas não

4 Nesse sentido: FLICK, Alexander Constance. *The Rise of the Mediaeval Church*. New York: Burt Franklin, 1909, pág. 63 e BLOCKMANS, Wim; HOPPENBROUWERS, Peter. *Introdução à Europa Medieval*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pág.74.

incluíam as atividades sociais da Igreja, conhecida como funções pastorais, apesar de ela ter sido cooptada pelo Império Romano⁵.

Os orfanatos - atividade típica da Assistência Social na Infância-, por exemplo, foram difundidos no Império Romano e mantidos pela Igreja por muito mais de mil anos e não se secularizaram até a Idade Contemporânea⁶.

Como ensina Hubertus: “Mas como no tempo de Leão o Império Romano ocidental começa a desmoronar-se sob a pressão das invasões bárbaras, a única instituição que se manteve, e que tinha condições de assumir as tarefas sociais e culturais do Estado, foi a Igreja, sob a liderança de Roma, isto é, agora do bispo da capital.”⁷ As dioceses – repartição territorial do Império Romano- são assumidas pela Igreja, que teve que conciliar as suas funções religiosas, pastorais e estatais.

Na formação do Estado Moderno, esse não somente teve que retomar aquelas funções estatais transferidas para a Igreja durante a Idade Média, mas também as

⁵ Nesse sentido destaca Hubertus destaca que “Todos estes diferentes imperadores [Diocleciano, Constantino, Constâncio, Juliano, Joviano e Teodósio], que se auxiliavam, colaboravam ou se opunham uns aos outros, não teriam tido qualquer importância para a história da Igreja e da teologia do séc. IV se a religião não constituísse parte inseparável da idéia do imperador e do Império Romano. Os deuses haviam engrandecido Roma, preservando-a e protegendo-a, e na fortuna política do imperador, no seu êxito nas batalhas e na prosperidade do Império se manifestava sua atuação a reta adoração de Deus. Em 312, ao abraçar o cristianismo. O imperador Constantino abandonou os antigos deuses do Império, mas não a idéia do Império que lhe servia de base. Simplesmente o Deus dos cristãos passou agora a ocupar o lugar dos deuses antigos. DROBNER, Hubertus R. Manual de Patrologia. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, pág. 199.

⁶ É difícil precisar a sua origem no Ocidente, mas a expansão e o modelo estabelecido certamente surgiram junto com a Igreja.

⁷ DROBNER, Hubertus R. Manual de Patrologia. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, pág. 468.

atividades sociais dessa porque, inclusive na visão de Thomas Hobbes⁸, eram exemplos de poderes seculares da Igreja.

E a formação do Estado brasileiro não foi diferente: o rompimento com a Igreja somente se deu com a República, mas a assunção das funções sociais daquela não foram imediatas. As Santas Casas de Misericórdia, as escolas confessionais e os orfanatos, entre outros, se mantiveram no âmbito da Igreja que ainda, ao lado agora de outras confissões religiosas, mantém um papel social significativo, inclusive sob a nova roupagem de Organização da Sociedade Civil.

4. O ESTADO AUTOPOIÉTICO

O termo autopoiese foi introduzido em 1972 por dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, para definir a química da auto-sobrevivência das células⁹. Na seminal obra deles, "De máquinas e seres vivos. Autopoiese: a

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã - ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009. págs. 468 e seguintes.

⁹ Maturana define a autopoiese da seguinte maneira. "Um ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produção de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede, o que neste livro denominamos autopoiese". MATURANA, Humberto (1992). *Vinte Anos Depois* (Prefácio de Humberto Maturana Romesin à segunda edição). In MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco (1992). *De máquinas e seres vivos. Autopoiese: a organização do vivo*. Artes Médicas: Porto Alegre, 1997.

organização do vivo.” autopoiese foi estabelecida como atributo dos seres vivos em se criar, destruir e recriar. Na Sociologia temos como adepto dessa teoria Niklas Luhmann¹⁰. No Direito, curiosamente, houve aceitação pela doutrina alemã, principalmente por Gunther Teubner, enquanto na França, local em que Varela prosseguiu suas atividades, não houve a mesma aceitação¹¹.

Teubner ensina na sua obra “Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society” que os argumentos circulares, totalmente proibidos na lógica jurídica formal, é o moto do Direito, o que demonstra a sua filiação à Filosofia da Linguagem¹²¹³. Assim como Luhmann, aquele autor utiliza a expressão “Legal System” (sistema jurídico) porque há direito sem Estado, e seus atores mantêm uma dialética entre si. Incide aqui, *mutatus mutandi*, a crítica de José Afonso da Silva em relação à definição de regra dada pelo positivismo justamente porque essa doutrina se lastreia no Direito Privado. No Direito Público o Estado é o sujeito necessário e nele não é o sistema que é autopoietico, mas ele próprio.¹⁴

¹⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Theory of Society*, Volume 1, traduzida por Rhodes Barrett, Stanford: Stanford University Press, 2012.

¹¹ Nesse sentido é a explicação de DUPUI, Jean Pierre. *On The Supposed Closure of Normative Systems*, na obra organizada por TEUBNER, Gunther. *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pág. 51.

¹² Nesse ponto, é interessante a crítica que encontramos em FONSECA, João D. Uma introdução as ideias de Maturana e Varela, Scotts Valley: Create Space Publishing, 2008, principalmente na pág. 120, faz à Teoria da Autopoiesis porque não seria ela suficiente para explicar todos os fenômenos mentais pela Filosofia da Linguagem.

¹³ Importante diferenciar a Filosofia da Linguagem, seguindo TUGENDHAT, Ernst. Lições introdutórias à Filosofia Analítica da Linguagem. Ijuí: Editora Unijuí. 2006, da Teoria do Discurso. ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pág. 103.

¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Editora Saraiva. 2013, pág. 50.

E a relação entre o Estado e o Direito é visceral, ao mesmo tempo em que é uma construção normativa, também produz normas¹⁵, num ciclo de produção e reprodução típica de um sistema autopoietico. E nesse ciclo a proteção à Infância e à Juventude se encaixa como forma de proteger o próprio Estado, garantir sua reprodução, e não como uma preocupação altruísta da sociedade.

E no movimento circulatório que caracteriza a autopoiese, não poderia o Estado delegar para terceiros mecanismos que garantem a sua própria existência. A clássica definição de Estado traz alguns de seus elementos (povo, governo e território), mas não permite vislumbrar como se perpetua no tempo. Em termos funcionais, o Estado da Idade Moderna não era muito mais do que a vontade da casa real que o governasse.

As ordenações filipinas são registro histórico nosso de que a vontade da coroa era a do Estado.

Apesar de as guerras serem mais devastadoras, como as duas grandes guerras mundiais, ela não é mais vista como um instrumento natural de conquista ou manutenção do Poder e as questões sociais passaram a fazer parte dos textos constitucionais a partir da Constituição do México, logo os mecanismos do Poder ressaltados por Maquiavel se aperfeiçoaram e, em certa medida, se humanizaram.

Seguindo a linha de que o Estado autopoietico deve garantir sua própria sobrevivência, a Carta de 1988 trouxe duas grandes modificações para a sociedade nacional: a

¹⁵ Nesse exato sentido ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Ciência Política. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pág. 101

criação do SUAS - Sistema Único da Assistência Social e o direcionamento desse sistema para a Infância e Juventude.

5. O ART. 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Reza o art. 203 da CF que:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

A Assistência Social como atividade de Estado no Brasil se iniciou na Era Vargas¹⁶, mas com um viés de caridade estatal, sendo capitaneado pelas primeiras-damas¹⁷ que até poderiam ter papel de protagonismo social, todavia não havia dever estatal, tampouco direito do cidadão¹⁸.

A nota de voluntarismo decorria da moral cristã de ajuda aos necessitados, mas não ocorreu no Brasil o fenômeno da filantropia privada como nos Estados Unidos e, principalmente, na Inglaterra, permanecendo com a Igreja Católica o monopólio da assistência.

O atraso nacional nessa área fica evidenciado quando se constata que no reino britânico houve o primeiro diploma legal a respeito da Assistência Social no século XVI – *Act for the Relief of the Poor* de 1597- e as medidas relacionadas aos pobres que remontam o século XIV – muitas de caráter punitivo-, criando a opinião de que a Assistência Social era assunto de Estado no vasto território britânico, ideia essa transmitida pelos Estados Unidos da América.

¹⁶ Há até registro de atividade inicialmente voluntária de assistentes sociais nas Varas de Menores na década de 1940 em São Paulo, conforme se atesta em FÁVERO, Eunice Teresinha; MELÃO, Magda Jorge Riberio; JORGE, Maria Rachel Tolosa (orgs). *O serviço social e a psicologia no judiciário: construindo saberes, conquistando direitos*. 5ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, pág. 51.

¹⁷ Iniciando por Darcy Vargas, cuja obra ainda subsiste, conforme podemos constatar em <https://fdv.org.br/sobre-a-fdv/nossa-historia/> acessado em 10 de julho de 2018.

¹⁸ Encontramos em NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, pág. 64 a das três fases da organização formal: pré-burocrática, burocrática e pós-burocrática.

Tanto o socialismo, quanto o comunismo, do final do século XIX e início do século XX, trouxeram para a pauta das agendas públicas as necessidades sociais, o que aportou no Brasil somente com o final da República Velha, permitindo a criação de normas previdenciárias, trabalhistas e securitárias.

Quando o legislador constituinte de 1988 positiva como dever do Estado a Assistência Social, rompe o caráter voluntário dessa e, indo além, estabeleceu que não seria contributiva. Esse caráter universal e não contributivo se encontra na expressão “independentemente de contribuição à seguridade social” do “caput” do art. 203.

Enquanto o público alvo do art. 6º da CF inclui os “desamparados”, o dispositivo em comento especifica as fases da vida: a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice, condições individuais do assistido (pessoa com deficiência, desempregado, criança e adolescente “carentes”).

Entre os constitucionalistas o dispositivo recebe pouca atenção¹⁹, mas essa norma constitucional permitiu a criação do Sistema Único de Assistência Social, implantação de todos equipamentos socioassistenciais, serviços e programas, inclusive o famoso Bolsa Família. Numa primeira leitura, aparentemente haveria repetição do objetivo do SUAS, ou seja, enquanto o inc. I se refere à Infância e Juventude, o inc. II, por sua vez,

¹⁹ O que ocorre, por exemplo, em ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim. 2016, pág. 588.

se refere à criança e ao adolescente²⁰. Interpretando-o em conjunto com a Lei Orgânica da Assistência Social, fica ressaltado que os escopos normativos são distintos.

O legislador constituinte utilizou os substantivos “proteção”, “amparo”, “promoção” e “habilitação” que evidentemente têm acepções distintas e assim foram usadas pela Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº8.742, de 1993. Proteção social consiste na “garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos” (art. 2º, inc. I), não constituindo nem defesa de direitos (inc. III), nem prevenção (inc. II), que se materializa também, mas não exclusivamente, em prestação de serviços socioassistenciais que são “as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos” na LOAS que visam prevenir situações de vulnerabilidade na família (art. 23, caput).

O amparo, para a finalidade constitucional, é o acolhimento assistencial para reconstrução de vínculos familiares decorrente não mais de vulnerabilidade, mas de violação de direitos dos indivíduos amparados, conforme podemos concluir na leitura do art. 23, §2º, incs. I e II.

A promoção não recebeu nenhuma definição ou conceito legal. Logo sobra interpretar no sentido literal, ou seja, é a facilitação, aproximação, do desempregado ao emprego e do deficiente à vida em comunidade. Não há garantia, tampouco dever de o Estado

²⁰ Nesse sentido foi a leitura de AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à Constituição. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pág. 781.

proporcionar o emprego ou a vida comunitária. Apesar da previsão constitucional, não é o SUAS que promove a empregabilidade, mas o Ministério e as Secretarias de Trabalho, tampouco gere o salário-desemprego.

Por fim, a habilitação é expressão oriunda da Medicina, recebida como atividade pela LOAS (art. 21, § 3º), portanto podemos interpretar como a capacitação da pessoa com deficiência para a vida em comunidade. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.145, de 2015, estabeleceu como objetivo da habilitação “o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.” (art. 14, parágrafo único).

O inc. V prevê curiosamente um benefício social. Então há uma regra matriz constitucional que é a pessoa ou ter deficiência ou ser idoso e, em ambas hipóteses, a pessoa e sua família não ter condições para prover a própria subsistência. A Constituição delegou ao legislador infraconstitucional o poder-dever de regulamentar as definições do que é idoso, deficiente e subsistência. Sendo um benefício, não é propriamente um objetivo de um sistema.

A reforma da LOAS pela Lei nº 12.435, de 2011, positivou uma estrutura que já estava sendo implantada: órgãos da Assistência Social mínimos ou básicos e órgãos

especializados. De forma muito resumida, podemos desenhar a estrutura do SUAS²¹ tendo atualmente o Ministério responsável pela Assistência Social como grande gestor das verbas pública custeadas por tributos e contribuições, cabendo aos Estados da Federação a realização de repasses aos Municípios e esses ficaram com a incumbência de prestar os serviços socioassistenciais. Além desses serviços, os Municípios executam programas e concedem benefícios. A LOAS atribuiu (art. 6º-C, caput e §§) a atenção básica aos CRAS – Centro de Referência da Assistência Social, voltado às famílias em situação de perigo, e a atenção especial, voltada às pessoas em situação de violação de direitos, aos CREAS Centro de Referência Especializado de Assistência Social, seguindo a distinção constitucional entre promoção e amparo.

A revolução ocorrida na Infância e Juventude não se deu exclusivamente em decorrência do art. 227 da Constituição Federal, porque, se não houvesse a criação de um sistema em que benefícios e serviços fossem prestados na forma do art. 202, dessa mesma Constituição, mais uma vez na História nacional apenas teríamos uma mera declaração de direitos. Esse dispositivo constitucional é o marco inicial para o fim da política assistencialista que jamais representou redistribuição de rendas, mas mera perpetuação da pobreza e da política clientelista.

²¹ Não se olvidou a criação e existência dos Conselhos Nacional, Estaduais e Distrital e Municipais de Assistência Social.

6. CONTINUIDADE DA SECULARIZAÇÃO

Toda e qualquer atividade assistencial não estatal representa para o Estado um assunto sensível, porque deixa expostos os seus limites. E evidentemente que ao implantar o SUAS o Estado não encerrou nem a atuação da Igreja no campo socioassistencial, nem a das demais organizações, por isso foram editados vários diplomas legais para normatizar essas atividades.

A primeira lei foi a Lei das Organizações Sociais, conhecida também como Lei das O.S. , Lei Nº 9.637, de 1998, que define as O.S. como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, excluindo as Organizações Religiosas – O.R. Em seguida temos a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, conhecida como Lei das OSCIPs, Lei nº 9.790, de 1999, cujo art. 2º, inc. II, exclui expressamente as O.R. Seguindo as diretrizes da secularização, isto é, excluindo a Igreja como organização relevante para o Estado, veio a lumen a Lei nº 13.204, de 2014, conhecida como MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil que excluía da definição de Sociedade Civil as O.R. pela redação original do seu art. 2º. Todavia essa exclusão teve vida curta, porque, logo em seguida, esse diploma legal sofreu alteração profunda pela Lei nº 13.204, de 2015, inclusive para prever as O.R. como parte da sociedade civil (art. 2º, inc. I, alínea “c”).

Essas leis demonstram a atual fase da secularização, isto é, a passagem do poder não só da Igreja para o Estado, mas também do poder das Organizações Não Governamentais - ONG para o Estado, inclusive acompanhados das organizações sociais. Esse fenômeno decorre de um movimento aparentemente paradoxal: a pretexto de diminuir o Estado na sociedade (principalmente na Economia), são utilizados instrumentos jurídicos variados (terceirizações, concessões, outorgas, convênios, parcerias etc.), inclusive no âmbito socioassistencial, todavia, as O.S. que passam a ser conveniadas, além de aporte de recursos, se submetem à Administração Pública.

A resposta à opinião pública sobre a ideia de que o aparelho estatal não é eficiente representou um aumento da intervenção do Estado na sociedade por intermédio das organizações sociais, inclusive as voltadas à Infância e Juventude. Como adverte Paulo Bonavides, opinião pública é a opinião da classe dominante²². Enquanto as pautas jornalísticas continuamente exigem um Estado mínimo, qualquer campanha política se baseia na sua extensão, porque o Estado é autopoietico.

O Terceiro Setor, que teria um espaço entre o privado e o público, expressão maior da “sociedade civil” passa a ser cooptado por este último. E esse tema ganha uma proporção ainda maior na seara da Infância e da Juventude, mas de forma peculiar em razão da opinião pública. Essa é sensível às demandas da Infância, mas não às da Juventude, principalmente as referente aos atos infracionais, o que permite, por exemplo, que todas as unidades de internação e de semiliberdade (que executam

²² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pág. 481.

medidas socioeducativas em meio fechado²³) estejam no Estado de São Paulo administradas pela Fundação CASA – Administração Pública indireta- e, no município de São Paulo, estejam todos os serviços de acompanhamento de liberdade assistida (medidas socioeducativas em meio aberto²⁴) e de acolhimento institucional (medida socioprotetiva) sejam executados pelas com organizações sociais conveniadas com o Município.

Outro exemplo de cooptação do Estado autopoeitico é a concessão de “direitos sociais” aos Conselheiros Tutelares pela Lei nº 12.696, de 2012. Na redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, diploma legal que também criou conselhos de direitos nacional, estaduais e distrital e municipais, os Conselheiros Tutelares seriam apenas remunerados, o que significava que a atividade deles não seria voluntária e seriam eleitos, ressaltando o caráter participativo da sociedade civil por meio desses conselhos, o que ficou desnaturado ao se criar uma quase equiparação com funcionários públicos municipais. Houve uma evidente fragmentação do poder ao delegar funções que estavam outrora com o antigo Juiz de Menores para os Conselheiros Tutelares – movimento centrífugo-, para depois com a cooptação deles como funcionários públicos sem vínculo hierárquico com a Administração Pública – movimento centrípeto.

O próprio ECA já estabelecia o controle das ONG no seu art. 95 ao estabelecer a fiscalização, o que foi acentuado com a reforma ocorrida pela Lei nº 12.010, de 2009,

²³ Essa atribuição decorre do previsto no art. 4º, inc. I, da Lei nº 12.594, de 2012, Lei do Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

²⁴ Essa atribuição, por sua vez, decorre do previsto no art 5º, inc. III, da Lei do Sinase.

impondo responsabilidades às organizações não governamentais com a inclusão do art. 90, § 1º, art. 97, § 2º e art. 100, parágrafo único, inc. III.

O movimento autopoiético mais recente está representado pela Lei nº 13.257, de 2016, conhecido como Marco Legal da Primeira Infância. A preocupação com a primeira infância pode ser encontrada na obra clássica de Comenius²⁵, portanto o assunto por si só não é novidade, todavia o trato legislativo seguiu as diretrizes constitucionais, inclusive o da absoluta prioridade, porque num período histórico marcado por maior longevidade, baixa mortalidade infantil e ausência de guerras externas, a formação de adultos saudáveis – que irão legitimar ou não o Estado no futuro- necessariamente passa pela melhor qualidade da pessoa durante a primeira infância. Ao mesmo tempo em que o diploma legal em comento estabelece uma série de deveres para o Estado, com consequentes direitos para as crianças até 6 anos de idade, reforça a intervenção estatal na família. A mais emblemática das vinte e seis previsões da intervenção na família é a prevista no art. 12, *in verbis*:

“Art. 12. A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, nos termos do caput e do § 7º do art. 227, combinado com o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, (...)”

Repetindo a matriz constitucional, o ente familiar é sujeito de deveres, inclusive na Primeira Infância em seu marco legal. O Estado autopoiético não mais restringe suas preocupações com o desenvolvimento físico das crianças, mas até com a interação dessas com o mercado

²⁵ COMENIUS. *Didática Mana*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 77.

ao utilizar, no art. 5º do diploma legal em comento, a expressão: “proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.”

7. FAMÍLIA E O ESTADO AUTOPOIÉTICO

O denominador comum nas hipóteses constitucionais de intervenção estatal seja na Infância e na Juventude, seja na Assistência Social, é a família, conforme foi acima adiantado. A intervenção estatal caminha no sentido da ampliação da regulamentação dos relacionamentos familiares, que até pouco tempo histórico pertenciam exclusivamente à seara do Direito Privado ou do Direito Canônico, cujos vestígios encontramos ao se reconhecer efeitos civis do casamento religioso em algumas nações nas quais o Direito de Família é de âmbito religioso.

A moral familiar apoiada pelo Estado autopoietico é agora denominada de “politicamente correto”²⁶ e aceitando todos arranjos familiares, inclusive as uniões de fato e as homoafetivas, aumenta tanto a capilaridade do Poder estatal, quanto da sua própria legitimidade.

²⁶ A vetusta expressão “moral e bons costumes” não mais aparece nos novos diplomas legais.

A Infância e Juventude têm como sujeitos crianças e adolescentes que estão em situação de violação de direitos, ou seja, vulneração de um dos elementos do Estado, que, por sua vez, responde com a “proteção integral”. Enquanto houver crianças e adolescentes com direitos violados, haverá permissão para que o Estado interfira profundamente na família, com um feixe amplo de medidas, que vão da orientação aos pais até a destituição do poder familiar e a prisão.

E essa intervenção se dá também na rede mundial de computadores. O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 2014, além de garantir a preservação da intimidade (arts. 7º, inc. I, 10, “caput”, 21, “caput” e parágrafo único, bem como o art. 23), estabelece proteção à família (art. 29).

CONCLUSÃO

Em razão do acima exposto, conclui-se que a temática social, incluindo a Infância e a Juventude, é de matéria de índole materialmente constitucional e não só formalmente constitucional. Num primeiro momento, constitucionalistas não entenderam a necessidade da constitucionalização dessa temática, que, conforme já vimos, não era novidade da atual Constituição, todavia é um entendimento muito preso à definição clássica de Estado (povo, território e governo), sem se atentar para os mecanismos de manutenção, atuação e legitimação do Estado. Sem os capítulos dos direitos sociais, ordem econômica, previdência, etc não seria possível a continuação do Estado nacional.

Para explicar como houve a incorporação pelo Estado dos direitos sociais da Infância e da Juventude, se faz necessária a análise pelo ponto de vista de a Teoria da Autopoiesis que se originou com a observação da célula. Dessa forma é possível realizar outras analogias com a Biologia. Assim como nosso estômago, há muitos outros seres no território administrado pelo Estado, que tolera alguns, porque há uma relação de mutualismo, enquanto outros são combatidos. Seguindo essa analogia, o Direito é mecanismo de controle da homeostase, fazendo fluir pelo sistema imunológico estatal garantindo a sobrevivência das células – a família – e principalmente das mais novas – a Infância e a Juventude- inclusive dispensando remédios próprios – “prioridade absoluta”. E quase terminando a comparação, o Estado absorve o que reputa essencial para se manter – como a secularização dos serviços socioassistenciais destinados à Infância e Juventude, e repele as substâncias nocivas – condutas socialmente não aceitáveis. E, em penúltima comparação, assim como as viagens internacionais (que começaram no período das Grandes Navegações e prosseguem agora em aviões à jato) veiculam tanto doenças como remédios, o Estado está sujeito a movimentos de desestabilização e de pacificação vindo de muito longe e rapidamente, principalmente pela internet A rede mundial de computadores, principal instrumento na atualidade de comunicação, é fator significativo em muitas áreas, inclusive na seara dos direitos humanos²⁷. Em derradeira comparação, assim como um ser vivo multicelular é composto de células e, ao mesmo tempo, produz novas células e elimina as antigas, o Estado é formado de normas e produz novas e derroga normas antigas.

²⁷ Manuel Castells assevera que “Na arena internacional, novos movimentos transnacionais, que surgem para defender as causas femininas, os direitos humanos, a preservação ambiental e democracia política, estão fazendo da internet uma ferramenta essencial para disseminar informações, organizar e mobilizar.” CASTELLS, Manuel, A Sociedade Em Rede - A Era da Informação - Vol. 1 - 10ª Ed. São Paulo: Editora Paz E Terra, 2010, v. 1 pág. 445

A assunção dos serviços assistenciais, de educação e de saúde por parte do Estado, isto é, a secularização se fez necessária para a manutenção deste, num movimento de centralização do Poder, que conheceu o ápice da fragmentação durante a Idade Média. Daquela época até a atualidade, esse movimento conheceu avanços e recuos. A Constituição de 1988 representava um desses recuos, porque marcada pela descentralização do Poder, em reação à centralização da Era Militar – originalmente previa até a alteração do sistema de governo para o parlamentarismo e instrumentos típicos desse sistema, como a medida provisória-, mas, à medida em que o Estado de Direito foi se estabelecendo e se desenvolvendo, sentiu-se a necessidade de maior centralização, o que foi ocorrendo paulatina e constantemente mediante as modificações introduzidas pelas Emendas Constitucionais e por diplomas legislativos que aumentaram o controle da família e cooptaram as organizações sociais.

Se numa fase do ciclo autopoeitico, o Estado cria ou seculariza programas, serviços e benefícios para garantir um mínimo de subsistência de seus integrantes para que esses o apoiem, seja no presente, seja no futuro, como no caso da Infância e da Juventude, noutra fase a estrutura estatal apresentará fissuras, o que poderá até gerar um novo movimento descentralizador, com conseqüente aumento da autonomia dos indivíduos e movimentos populares para libertação das amarras estatais até vir novamente o ciclo anterior.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à Constituição. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALEXY, Robert. Direito, Razão, Discurso. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim. 2016.

BLOCKMANS, Wim; HOPPENBROUWERS, Peter. Introdução à Europa Medieval. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CASTELLS, Manuel, A Sociedade Em Rede - A Era da Informação - Vol. 1 - 10ª Ed. São Paulo: Editora Paz E Terra, 2010, v. 1.

COMENIUS. Didática Mana. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DROBNER, Hubertus R. Manual de Patrologia. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

FÁVERO, Eunice Teresinha; MELÃO, Magda Jorge Riberio; JORGE, Maria Rachel Tolosa (orgs). O serviço social e a psicologia no judiciário: construindo saberes, conquistando direitos. 5ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2015.

FLICK. Alexander Constance. The Rise of the Mediaeval Church. New York: Burt Franklin, 1909.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas sociais. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã - ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Theory of Society, Volume 1*, traduzida por Rhodes Barrett, Stanford: Stanford University Press, 2012.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco (1992). *De máquinas e seres vivos. Autopoiese: a organização do vivo*. Artes Médicas: Porto Alegre, 1997.

MCKENZIE, Richard. *Rethinking Orphanages for the 21st Century*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

PORTUGAL, Ordenações Filipinas. *Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. – Ed. Fac-similar da 14ª ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições introdutórias à Filosofia Analítica da Linguagem*. Ijuí: Editora Unijuí. 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado. Ciência Política*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO
CONFORME DA IMPRESCRITIBILIDADE
DA AÇÃO NEGATÓRIA DE
PATERNIDADE PREVISTA NO ART. 1601
DO CÓDIGO CIVIL AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E DIREITOS
FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE
HUMANA E DA SEGURANÇA JURÍDICA:

A FIXAÇÃO DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL
DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rodrigo Augusto de Oliveira

RODRIGO AUGUSTO DE OLIVEIRA

Mestre e Doutor em Direito do Estado

Juiz de Direito Titular da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Santo André

INTRODUÇÃO

Em face da inegável evolução havida no conceito de família nas últimas décadas, em razão das mudanças ocorridas nos valores sociais e morais do povo brasileiro, em cotejo com o igual avanço das técnicas científicas de descoberta da origem genética dos indivíduos, experimenta-se nos dias que correm verdadeira revolução no que se refere aos critérios tradicionalmente empregados pelo Direito para a afirmação da relação jurídica de filiação.

Sob o influxo dos fatores culturais vigentes na sociedade contemporânea, busca o presente artigo elaborar interpretação conforme do quanto disposto no art. 1601 do Código Civil de 2002¹ aos princípios constitucionais e direitos fundamentais da segurança jurídica e da dignidade humana, tendente a “salvá-lo” de eventual declaração de inconstitucionalidade *tout court*, perscrutando, para tanto, a definição, a função social e o tratamento outorgados pela legislação, doutrina e jurisprudência ao afeto no bojo das relações familiares, em sua vertente da paternidade sociológica, especialmente quando em rota de colisão com origem biológica distinta entre os interessados.

Centrar-se-á o estudo na apreciação dos institutos da segurança jurídica e da dignidade humana, retratados tanto em seu caráter principiológico como de direito fundamental, porquanto respectivamente atrelados às verdades socioafetiva e biológica, relevantes à fixação do conceito jurídico de paternidade.

¹ De seguinte teor: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Almeja-se analisar, nesta toada, não apenas a (in)constitucionalidade da inovação veiculada pelo art. 1601 do Código Civil de 2002, a saber, a suposta imprescritibilidade da ação intentada pelo marido a fim de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher na vigência do matrimônio, como elaborar argumentação racional que permita ao operador do direito interpretar o novel regramento civil da relação paterno-filial de maneira consonante aos cânones constitucionais incidentes à espécie.

É que a cega observância da literalidade extraída de mencionado dispositivo de lei conduziria, em determinadas situações, à violação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana e da segurança jurídica, urgindo a construção de convincente embasamento teórico que coadune tal previsão civilista a mencionados preceitos jurídicos maiores resguardados pela Constituição Federal, temática relacionada à ascensão do afeto a valor jurídico, tão cara à doutrina recente, em especial nas situações em que os vetores legal, biológico e socioafetivo, passíveis de invocação para a determinação do vínculo de paternidade, não coincidem.

Deixou-se propositadamente ao largo eventuais considerações, em termos de segurança jurídica, acerca da superação do imemorial paradigma civilista da unicidade de filiação² pelo E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060, em 22/09/2016, ao qual atribuiu Repercussão Geral, fixando a tese de que: *“a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não*

² Consoante, v.g., doutrina provalada por Caio Mário da Silva Pereira, ao classificar o status social do indivíduo, composto pelos atributos que fixariam sua condição perante a sociedade, como **uno**, irrenunciável, imprescritível, indivisível e imponível *erga omnes*: *“Uma pessoa não poderá, ao mesmo tempo, ser e não ser filha de certo pai: simul esse et non esse non potest esse. Ninguém pode ser filho de dois pais ou de duas mães, e, se tem o estado de filiação apurado por sentença, será incivil que a paternidade desta resultante admita exceções”*. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 149.

*impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*³, optando-se por restringir o âmbito da pesquisa às hipóteses em que há colidência e exclusão entre si.

O que dizer, exemplificativamente, a respeito do serôdio ajuizamento de ação contestatória de paternidade por parte do marido que tivera plena ciência do adultério praticado por sua esposa, registrando e criando tal prole em igualdade de condições aos demais filhos comuns, porém à qual pretenda recusar pensionamento alimentar quando de ulterior dissolução da sociedade conjugal, sob a alegada e cediça inexistência de vinculação biológica?

Depois de retratar casuística em que marido estéril consentira com a inseminação artificial heteróloga de sua mulher, da qual se separara ainda durante a gravidez e que passara, então, a viver em união estável com terceiro responsável por deferir tratamento de filho ao rebento, Luiz Edson Fachin questiona, analogamente, a quem se deveria juridicamente deferir a paternidade: ao pai legal (marido da genitora), ao biológico

³ Em consonância ao art. 6º do Provimento n. 16 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 17/02/2012, que estendera a possibilidade de inserção de segunda “modalidade” de filiação no assento de registro de nascimento do interessado, sem prejuízo da já existente, independentemente de intervenção judicial. Em sentido contrário, confira-se o teor do Enunciado n. 20, aprovado no 2º Encontro Estadual dos Juizes das Varas de Família e Sucessões do Estado de São Paulo, ocorrido nas dependências da Escola Paulista da Magistratura em 10 de novembro de 2017: “*A retificação do registro civil do nascimento para incluir paternidade ou maternidade biológica, quando já indicada a respectiva filiação (passando a existir dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai), depende de determinação judicial em ação contenciosa, sendo nessa hipótese inaplicável o Provimento n° 16, da Corregedoria Nacional de Justiça, que em seu art. 6º dispõe sobre o reconhecimento espontâneo de filho realizado pelo genitor mediante declaração, por escrito particular, feita diretamente ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais*”, impendendo mencionar o conteúdo do Enunciado subsequentemente formulado no intuito de amenizar o quadro de insegurança jurídica instaurado em hipóteses que tais (Enunciado n. 21: *A coexistência de filiações socioafetiva e biológica no Registro Civil das Pessoas Naturais enseja a partilha da herança, em caso de falecimento do filho, entre todos os genitores, por cabeça, diante do art. 1835 do Código Civil*).

(doador do espermatozóide fecundante) ou ao socioafetivo: *“O que prevalecerá: a voz do sangue, a voz do coração ou simplesmente o império da definição legal?”*⁴.

Em hipótese diversa, acaso o vínculo socioparental tenha sido embasado em erro essencial quanto à pessoa, como no efetivo desconhecimento da traição, revelada somente anos após o estabelecimento de sólidos vínculos afetivos entre genitor e filho adulterino, a qual interesse proteger com primazia: à boa-fé do cônjuge enganado ou à dignidade do filho igualmente inocente interessado na manutenção de vínculo de paternidade calcado em afeto por vezes não mais existente? A tradicional teoria da anulabilidade dos atos jurídicos, calcada nos vícios de consentimento, bastaria a solucionar de maneira adequada os interesses e o câmbio das expectativas em jogo? Por outro norte, admitir-se-ia o questionamento judicial de paternidade por prole socioafetiva acaso motivado por interesses puramente econômicos, ao almejar, v.g., exclusivamente à percepção de alimentos ou mais vantajosos direitos sucessórios junto à herança do pai biológico mais abastado? Onde situar o direito fundamental de investigação da própria origem biológica, motivada quiçá por inadiáveis razões de saúde, ante os incessantes avanços da medicina e da genética? Assemelha-se factível e recomendável uma absoluta desvinculação entre o conceito jurídico de paternidade do puramente biológico, restrito à indagação da origem da carga genética de cada indivíduo? Deve porventura avultar o elemento socioafetivo no tocante à determinação da perfilhação e respectivos efeitos jurídicos? Quais os fundamentos, os requisitos, as formas de elaboração, constatação e persistência do vínculo socioafetivo?

⁴Da paternidade – Relação biológica e afetiva Ed. Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 51.

Como se vê, a resposta a tais indagações implica a árdua elaboração, *in concreto*, de soluções que, atribuindo interpretação conforme da regra do art. 1601 do Código Civil (ao estabelecer aparente imprescritibilidade da indagação puramente biológica da paternidade) aos valores constitucionais da segurança jurídica (extraído dos arts. 5º, incisos II, XXXVI, XXXVII, XXXV e 150, inciso III, alínea “b”, da Carta brasileira de 1988), da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) e da igualdade absoluta entre irmãos (*idem*, art. 227, §6º), levem em conta não apenas as peculiaridades de cada qual das situações fáticas trazidas a conhecimento do órgão controlador de sua constitucionalidade *in concreto*, como também percuciente análise dos contornos da relação socioafetiva eventualmente entabulada entre os litigantes, em busca de raciocínio jurídico capaz de harmonizar os vetores constitucionais colidentes, não significando a opção, em determinada hipótese, por um dos critérios de determinação da paternidade (v.g. o socioafetivo), a automática ou a absoluta desobediência e descarte dos demais igualmente passíveis de incidência (presuntivo-legal ou biológico), mas, antes, a necessária formulação de ponderação racional tendente a harmonizá-los, à luz da pluralidade inerente à sociedade pós-moderna, caracterizada, na fórmula de Eduardo Carlos Bianca Bittar, por “*um processo de modificações que se projeta sobre as diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo (valores, hábitos, ações grupais, ações coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional)*”⁵.

Em linhas gerais, sempre que instaurado o conflito entre os princípios constitucionais e direitos fundamentais da segurança jurídica (que jamais poderá descurar de situações fáticas de filiação socioafetiva construídas ao longo do tempo não apenas na

⁵ *O Direito na Pós-modernidade*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 105.

intimidade do núcleo familiar dos envolvidos, mas também externamente, a espriar legítimas expectativas por todo o corpo social em que inseridos, independentemente de ascendência genética comum) e da dignidade humana (indissociável do direito de personalidade e da ilimitada faculdade do indivíduo, para além de gozar de determinada relação jurídica de paternidade responsável, conhecer igualmente sua origem biológica, quiçá por razões de natureza médica ou psicológica), estabelecer-se-á, a partir das peculiaridades da lide e das limitações imanentes ao poder criativo-normativo do órgão responsável pela solução da demanda mediante interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), que pressupõe a eleição de uma dentre duas ou mais possibilidades hermenêuticas igualmente plausíveis, determinada linha argumentativa apta a convencer a maioria dos interlocutores do “sistema aberto de valores” que é o Direito⁶ e que permitirá, ao contrário do que pode parecer, maior controle social sobre a fundamentação desenvolvida pelo controlador, em oposição ao império do subjetivismo ou arbítrio pessoal do intérprete jurisdicional.

⁶ A expressão é de Luís Roberto Barroso: “O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa”. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. “Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”, in: *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. revista e ampliada. 2006, p. 35-36.

1. A EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS DE DETERMINAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PATERNO-FILIAL: A EQUIVALÊNCIA ATUAL DOS PARÂMETROS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO E SUA PREVALÊNCIA SOBRE O PRESUNTIVO-LEGAL

Segundo escolia Sérgio Gischkow Pereira⁷, até o advento da Constituição Federal de 1988 prevalecia no ordenamento nacional o critério jurídico da verdade legal para o fim de estabelecimento dos laços de paternidade e filiação, prevendo sintomaticamente o legislador civil de 1916 prazos decadenciais excessivamente exíguos para a impugnação pelo marido da paternidade dos filhos havidos por sua esposa.⁸

Instaurada a nova ordem constitucional e constatado o desenvolvimento sem precedentes das técnicas de datação do genoma humano, passou-se, em seguida, a privilegiar o critério da verdade biológica, dada a possibilidade de obtenção de certeza científica da ascendência genética, motivo por que se disseminou rapidamente a ideia de privilegiar a verdade puramente biológica como determinante da relação jurídica de paternidade, sem qualquer possibilidade de contestação.

Mais recentemente se desenvolveu forte tendência doutrinária e jurisprudencial de atribuir maior importância ao amor e, por conseguinte, à paternidade socioafetiva

⁷ "A Imprescritibilidade das Ações de Estado e a Socioafetividade: Repercussão do Tema no Pertinente aos arts. 1.601 e 1.614 do Código Civil", in: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 425-438.

⁸ Arts. 344 e 178, §§ 3º e 4º do Código Civil de 1916. Sobre o afastamento de mencionado prazo decadencial pela jurisprudência, vide Resp. n. 146.548/GO, in: Revista AJURIS, Porto Alegre, vol. 79, p. 696, e Ap. Cível nº 64598-4, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatada pelo Des. Marcus Andrade.

em detrimento dos demais parâmetros legal e biológico no tocante à aferição do vínculo de filiação, sopesada a relevância galgada pelo afeto nos campos da sociologia, da psicanálise e da antropologia, disto resultando um movimento em prol da “jurisdicionalização do amor”.

De fato, enquanto o art. 338 do Código Civil de 1916 consagrara a máxima do *pater is est quem nuptia demonstrat*⁹, voltada ao atendimento dos interesses predominantemente patrimoniais então vigentes de preservação da família exclusivamente constituída pelo casamento e de concessão apenas ao filho nascido em sua constância do *status* de “legítimo”, cediça a odiosa discriminação de que padeciam os adúlteros e incestuosos¹⁰, a vedação do estabelecimento de qualquer tipo de distinção de tratamento entre filhos de origem diversa por expressa dicção do art. 227, §6º, da Carta de 1988, repetida no art. 1596 do diploma civil de 2002¹¹, ao lado da evolução de meios científicos que permitiram a precisa determinação da origem genética do indivíduo, cuidaram de esvaziar por completo a relevância do critério da ficção legal para a definição da paternidade, porquanto calcado em presunção de

⁹ Traduzida de sua matriz francesa, a saber, o art. 312 do Código Napoleônico (“o filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido”), estatuiu a codificação de Beviláqua a presunção da concepção na constância do matrimônio dos filhos nascidos cento e oitenta dias depois do início da convivência conjugal (art. 338, inciso I), bem como daqueles nascidos nos trezentos dias subsequentes à sua dissolução (inciso II), regramento mantido e acrescido de outras três hipóteses no art. 1597 do Código Civil de 2002 para o fim de abarcar a fecundação artificial, no tocante aos filhos nascidos de concepção homóloga ou heteróloga, exigindo-se, neste caso, prévia e expressa autorização do marido, eis que a fecundação poderá ocorrer até mesmo após seu passamento.

¹⁰ CRESPO, Maria Cláudia. “Novos Contornos do Direito da Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais”. Anuário da Unisinos, São Leopoldo, RS: s. ed., 2000 e Revista *Ajuris* 78/277, jul. 2000.

¹¹ O art. 126 da Carta de 1937 inovou ao estabelecer que a lei deveria facilitar o reconhecimento dos “filhos naturais” e promover sua igualdade em relação aos “legítimos” para todos os fins de direito, revogando a diferença de tratamento veiculada pelos arts. 358, 460 e 1.605, §1º, do Código de 1916, os quais, nos termos do art. 2º, §3º, do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução), não recobram validade automática com a superveniência da Constituição de 1946, que, se não repetiu expressamente a intenção igualitária do constituinte de 1937, tampouco os revigou expressamente.

fidelidade não necessariamente coincidente com as verdades biológica ou socioafetiva equivalentes entre si e de superior peso constitucional, devendo, pois, o elemento presuntivo-legal ceder espaço em favor dos demais na eventualidade de colisão.

Esta também a posição de Humberto Theodoro Júnior¹², para quem a Constituição Federal garantiu a todos os filhos o direito de gozo de uma verdadeira relação de paternidade, não mais tolerando aos biológicos ou socioafetivos não o sejam também juridicamente, por conta de “ultrapassadas presunções legais”, sobrelevando os paradigmas da verdade real, da certeza científica decorrente da genética e da ascensão do afeto a valor jurídico.

No que tange ao elemento biológico, Edson Ferreira da Silva¹³ sustenta decorrer da própria natureza humana o direito de conhecer a origem de seus genes, atributo indissociável do “ser”, com o que a imprescritibilidade do estado de filiação emanaria do Direito Natural (inerente à condição humana e imutável como as leis da natureza) e não do Positivo (circunstancial e influenciado pelas necessidades e valores sociais momentâneos), não podendo o julgador se apegar a formalismos, presunções ou ficções em detrimento da indagação da verdade biológica.

Mais do que simples interesse na descoberta genética, o reconhecimento da filiação embasada no *status* biológico condiz, portanto, com a dignidade do investigante (CF, art. 1º, inciso III) e constitui direito fundamental (indisponível, irrenunciável, inegociável, impenhorável, imprescritível, vitalício e intangível), cujo reconhecimento

¹² “Prova: Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA)”, in: Revista Brasileira de Direito de Família 3/6, Porto Alegre, out.-dez. 1999.

¹³ “Direitos da Personalidade: os Direitos da Personalidade são Inatos?”, in: RT 694/21, São Paulo, 1993.

interessa igualmente ao grupo familiar e à própria sociedade, ante o estágio evolutivo da medicina e a premência de seu esclarecimento para a prevenção doenças e a aferição de compatibilidade entre doador e receptor de órgãos transplantáveis, matéria de saúde pública.

O direito à identificação da ancestralidade, enquanto consectário do princípio da dignidade humana, outorga à investigação da parentalidade biológica caráter de direito fundamental de personalidade, constituindo, segundo Cláudia Lima Marques¹⁴, o *“direito básico da pessoa: ser identificada como filho de alguém, ter um nome de família, saber de sua origem, de seus laços com sua família, poder com ela conviver ou pelo menos identificá-la na sociedade”*.

O próprio art. 7º da Convenção Internacional do Direito da Criança estatui o direito do filho de conhecer seus pais, disposição repetida, em âmbito autóctone, pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), tendo sido a paternidade biológica prestigiada igualmente nos incisos III e IV do art. 1597 do Código Civil de 2002, relativos à presunção de paternidade vigente no caso de concepção artificial homóloga.

O Superior Tribunal de Justiça, através da pena do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, teve já a oportunidade de assentar a premissa da prevalência da paternidade biológica à legalmente presumida, merecendo destaque no corpo do acórdão a lembrança de não se poder olvidar as mudanças havidas no campo do Direito de Família nas últimas décadas, forte nas quais deve a lei, sempre que possível, via interpretação conforme à

¹⁴ “Visões sobre o Teste de Paternidade Através do Exame do DNA em Direito Brasileiro: Direito Pós-moderno à Descoberta da Origem?”, in: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade. DNA como Meio de Prova da Filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48.

Constituição, adaptar-se à vida e ao avanço da ciência: *“o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar, como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil”*¹⁵.

Secundando o raciocínio de Belmiro Pedro Welter, porque gravada no texto constitucional a paridade entre os laços de sangue e de afeto¹⁶, não mais se pode invocar a prevalência de filiação puramente formal embasada em presunção legal (CC, art. 1597, incisos I e II)¹⁷ acaso colidente com a verdade resultante dos demais critérios passíveis de utilização (biológico e socioafetivo), porquanto prestigiadas pelo ordenamento constitucional tanto a ascensão do afeto a valor jurídico, como a certeza científica da ascendência biológica calcada em exame genético, valores erigidos à condição de princípios constitucionais e direitos fundamentais¹⁸, mostrando-se, assim, mais acertada e conforme à Constituição de 1988 a exegese de que as origens biológica e socioafetiva possuem idêntico grau de relevância no particular da definição da filiação.

¹⁵ 4ª Turma do STJ, julgado em 04.06.1991, RSTJ 26/378.

¹⁶ CF 88, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”.

¹⁷ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”.

¹⁸ “A Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial”, in: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 61-62.

Neste quadrante, a paternidade socioafetiva, de sua parte, é aquela fundada no reconhecimento público da “posse de estado de filho”, que se consubstancia, conforme escólio de Orlando Gomes, no fato do indivíduo: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores (*nominatio*); b) ter recebido continuamente o tratamento de filho (*tractatus*); c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho (*reputatio*). É, portanto, constituída por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho da pessoa que assim o cria e educa.¹⁹

Tal formulação teórica presta-se outrossim a afastar a equivocada ilação de que todo e qualquer padrasto “bonzinho” constituiria um pai socioafetivo “em potencial” para seu enteado, justamente porque sob tal condição, de enteado e não de filho, foi sempre tratado e reconhecido em sociedade, independentemente do grau de afinidade existente, devendo-se, pois, sopesar com redobrada atenção e cautela os diversos pedidos judiciais de “reconhecimento de paternidade socioafetiva” hodiernamente deduzidos em casos que tais.

A despeito do Código Civil de 1916 ter assentado a constituição da família no casamento, na hierarquização das funções desempenhadas por seus membros, na hegemonia patriarcal, na desigualdade de direitos entre o chefe da sociedade conjugal e sua esposa e na discriminação entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, com nítido predomínio de interesses patrimoniais por sobre o aspecto afetivo, o novo desenho constitucional cuidou de realçar este último elemento ao abolir qualquer ranço autoritário na organização familiar e estipular em seus artigos 226 a 230 um estado

¹⁹ *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 311 e 324.

ideal a ser perseguido e que promova a felicidade de seus membros, a paz e a harmonia doméstica, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a igualdade absoluta entre os filhos independentemente de sua origem, a comunhão de vida consolidada no amor e não no poder marital, enfim, a garantia da dignidade dos integrantes do núcleo familiar.

Em face de tal panorama, se é certo que a genética revela um dado cientificamente irrefutável (origem biológica do indivíduo), também se põe em relevo critério diverso de estabelecimento da filiação, embasado exclusivamente na afetividade construída ao longo do tempo de maneira sólida e irretroatável, segundo elementar constatação de Renan Lotufo²⁰, de que sem amor não há família.

A triste praxe cotidiana de genitores obrigados a assumir indesejada relação de paternidade, que deixam porém de estabelecer qualquer contato amoroso com a prole biológica assim reconhecida, sem visitá-la ou participar de sua criação, basta a demonstrar a insuficiência do critério puramente genético na busca de autêntico vínculo parental cada vez mais voltado à esfera do afeto, uma particular espécie de amor capaz de conjugar intimamente duas ou mais pessoas para a vida em comum, como anotado por Sérgio Resende de Barros: *“É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual*

²⁰ “Separação e Divórcio no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Comparado. Repensando o Direito de Família”. I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Anais. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999, p. 209.

*se constitui a diferença específica que define a entidade familiar (...) um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam*²¹.

Dentre os requisitos erigidos em doutrina para o reconhecimento da paternidade socioafetiva (*nominatio, tractatus e reputatio*, aliados à determinada relação especial de afeto calcada na vontade livre, recíproca, desembaraçada de vícios e voltada à constituição de família), Jacqueline Filgueiras Nogueira²² destaca a importância do tratamento de filho na caracterização da “posse de estado” por refletir a nota essencial do desvelo dispensado à prole, a garantia de sua subsistência, a manutenção, o processo diário de educação, a instrução, enfim, toda a formação do indivíduo enquanto ser humano, sendo eloquente expressão de tratamento socioafetivo o singelo chamamento de filho e a correspectiva e natural aceitação do chamamento de pai.

Fundada no desejo de paternidade, sequer a vicissitude de sofrer breves interrupções ao longo de seu processo de edificação poderá ser tomada como óbice ao reconhecimento dos efeitos jurídicos decorrentes da socioafetividade, especialmente em favor daquele que não dera causa à descontinuidade da relação, como na eventualidade de deliberado abandono intelectual e material do filho pelo genitor socioafetivo com o mesquinho propósito de fugir às obrigações materiais (alimentares e sucessórias) dela decorrentes,

²¹ “A Ideologia do Afeto”, in: Revista Brasileira de Direito de Família. Editora Síntese: Porto Alegre, RS, ano IV, n. 14, p. 5-10, jul./ago./set. 2002.

²² *A Filiação que se Constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2001, p. 85/88 e 116.

donde a desnecessidade de prova da atualidade do afeto para fazê-la valer, bastando “uma certa duração que revele estabilidade”²³, pois não é raro que o tratamento e a reputação do estado de filho cessem de maneira abrupta, egoística e unilateral justamente quando do ingresso em Juízo pelo interessado com o fim de obter a declaração da existência da relação de filiação, acompanhada de seus efeitos jurídicos.

A mesma autonomia da vontade que permitiu ao genitor estabelecer estreita afinidade com filho que sabia não ser seu descendente biológico, a ponto de assim passar a tratá-lo perante o meio social, traz como consectário lógico a impossibilidade de “denunciá-la” a seu bel-prazer, com o censurável intento de escapar dos ônus, deveres e direitos recíprocos inerentes a parentesco solidificado exclusivamente no afeto, mais não fosse por razões de segurança jurídica e proteção das legítimas expectativas disseminadas em sociedade pelo comportamento dos envolvidos (art. 5º, *caput*, incisos II, XXXV, XXXVI, XXXVII e §2º, art. 6º, *caput*, e art. 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna), impendendo invocar o ensinamento de Niklas Luhman, para quem o Direito deve proteger o câmbio de expectativas legitimamente difundidas no corpo social, para além de momentos de natural discórdia e independentemente da origem do vínculo de filiação, de vez que, por sua própria e espontânea conduta, edificaram ao longo do tempo forte ligação que jamais lograrão desfazer: *“o comportamento social, dentro dum mundo altamente complexo e contingente, requer realizações redutivas, as quais possibilitam expectativas de comportamento recíprocas e que são dirigidas através das expectativas de tais expectativas do comportamento. Na dimensão tempo podem estas estruturas de expectativas ser estabilizadas de forma antidecepçante através de*

²³ A expressão é de FACHIN, Edson Luiz. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 157.

normação. (...) Dentro da dimensão social podem estas estruturas de expectativa ser institucionalizadas, quer dizer, apoiadas pelo consenso esperado de terceiros. (...) Assim, a normação confere continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que, de tempo em tempo, ocorra decepção quanto a ela. Através da institucionalização, supõe-se consenso geral, apesar do fato de que alguns indivíduos não concordem. (...) Às expectativas normativas de comportamento generalizadas congruentemente neste sentido chamaremos o direito de um sistema social. O direito realiza uma congruência seletiva e forma com isso uma estrutura de sistemas sociais. (...) Direito não é de modo algum, primariamente, uma ordem coativa, mas sim uma facilitação de expectativas. (...) A situação coativa constitutiva para o direito é a coação para a seleção de expectativas, que, por sua vez, então, pode motivar em poucos, porém importantes casos, o forçar de determinada conduta. A necessidade de segurança, que caracteriza o direito, se relaciona, em primeiro lugar, com a segurança das próprias expectativas, antes de tudo com as expectativas das expectativas, e apenas secundariamente com a segurança do cumprimento destas expectativas, através do comportamento esperado. (...) O direito é, desta maneira, um dos fundamentos indispensáveis da evolução societária²⁴.

Conquanto não tenha o Código Civil de 2002 regulado expressamente o instituto da paternidade socioafetiva, fê-lo de maneira indireta em várias de suas passagens: a) no inciso V do art. 1597, ao presumir concebidos na constância do matrimônio os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga previamente autorizada pelo marido, em

²⁴ "Direito como Generalização Congruente", in: *Sociologia e Direito. Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. Org. Cláudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980, p. 159-167.

que o pressuposto genético é substituído pela vontade juridicamente qualificada, vedada ulterior impugnação biológica do liame; b) no art. 1596, ao repetir a vedação constitucional (art. 227, §6º) de discriminação entre filhos independentemente de sua origem biológica ou socioafetiva; c) no art. 1593, ao aduzir que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou “outra” origem, aí se abrigoando a socioafetiva, nos casos de reprodução artificial heteróloga, de adoção ou, mesmo, do “filho de criação”²⁵; d) no art. 1605, inciso II, ao admitir a prova de qualquer tipo de filiação por presunções, como a posse de estado de filho afetivo; e) no art. 1603, compreensivo tanto da filiação consanguínea como da afetiva, e, ainda, f) no art. 1610, ao dispor sobre a irrevogabilidade do reconhecimento unilateral de paternidade (biológica ou socioafetiva, porquanto não condicionada à prévia demonstração de ligação genética), por conta da eficácia retroativa e da constitutividade da manifestação de vontade, não subordinada a termo ou condição (CC, art. 1613), parâmetros a serem devidamente sopesados quando da elaboração de argumentação jurídica que atribua ao art. 1601 do mesmo diploma legal interpretação conforme aos princípios da igualdade entre os irmãos, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Não é outra a síntese de Belmiro Pedro Welter quanto aos critérios passíveis de determinação da relação de filiação a prevalecerem na atualidade, segundo o ordenamento jurídico pátrio: *“a Constituição Federal elegeu apenas duas verdades da perfilhação, em igualdade de condições: biológica (genética) e socioafetiva (afetiva,*

²⁵ Cf. Enunciados do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal de n. 103: “O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado do filho” e 256: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva), constitui modalidade de parentesco civil”.

sociológica, social). (...) Em tendo sido cravadas tão-somente duas filiações no contexto jurídico brasileiro, conclui-se que a verdade formal, ficção jurídica, mera presunção jurídica da perfilhação naufragou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Significa que somente é constitucional a declaração da filiação biológica ou socioafetiva, impondo-se, com isso, o afastamento da presunção da paternidade e da maternidade, sob pena de ser edificada apenas a ficção do estado de filhos, que não mais habita no texto constitucional. Resumindo, a presunção da paternidade e da maternidade não mais se harmoniza com as diretrizes, constitucionalmente fixadas para o Direito de Família, muito menos para a filiação, devendo ser afastada”²⁶.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ORIGEM GENÉTICA

A dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil contido art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, significa que o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo, que todas as pessoas possuem o direito de serem respeitadas pelo simples fato de sua humanidade.²⁷

²⁶ *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 108-109.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.

Nascida da concepção judaico-cristã de criação do Homem à imagem e semelhança de Deus²⁸, para além de intenso apelo emotivo²⁹, a dignidade humana confere unidade teleológica a todos os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico³⁰, ao qual atribui unidade de sentido e valor, constituindo o epicentro axiológico do sistema constitucional, pois o Direito somente se justifica em razão do ser humano, sendo o respeito irrestrito, a defesa e a promoção universal de sua dignidade as tarefas primordiais do Estado Constitucional Democrático.³¹

Na fórmula de José Carlos Vieira de Andrade³², *“O princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”*.

Prova de sua relevância é estar grafada na primeira frase do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: *“o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*.

²⁸ Não se pode menosprezar, na elaboração da noção de dignidade, a influência da doutrina cristã do amor ao próximo do Novo Testamento e o reconhecimento da igualdade entre os povos de Deus, inserida na Epístola de São Paulo aos Gálatas.

²⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 65.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57 e 59.

³¹ Ingo Wolfgang Sarlet a sintetiza como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito de parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que o assegurem contra qualquer ato degradante ou desumano e que lhe garantam condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de permitirem e promoverem sua participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 67.

³² *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 101.

No que tange ao tema da filiação, interditar-se aprioristicamente a um indivíduo a faculdade de indagar pretendida relação de paternidade biológica viola um seu direito fundamental à dignidade, o mesmo valendo quanto ao esclarecimento da existência ou não de liame biológico pelo marido que figura como pai registrário dos filhos paridos por sua esposa, por se encontrar concomitantemente em jogo a identidade genética dos envolvidos, até mesmo por necessidade vital decorrente de doença (v.g., necessidade de descoberta da ascendência genética para fins de transplante) ou para evitar o incesto em benefício de prole futura, porquanto, segundo Guilherme de Oliveira, “o progresso dos meios de diagnóstico e dos meios terapêuticos das doenças genéticas tornou fundamental, em certos casos, conhecer os antecedentes biológicos de um indivíduo – casos em que a confidencialidade e o anonimato dos progenitores se tornam obstáculos inconvenientes ou mortais”³³.

Igualmente esclarecedora é a observação de Adalgisa Wiedemann Chaves quanto à ora sustentada investigação biológica irrestrita da origem dos envolvidos: “Pode parecer reducionismo vincular a dignidade da pessoa humana à identificação de sua ascendência; a contrario sensu, poder-se-ia entender que aqueles que não possuem ‘pai registral’ são menos dignos que os outros. Na verdade, a dignidade é mais ampla que a simples identificação de um pai; tal questão envolve a identificação dos elementos que geraram aquele ser humano, tanto genética, quanto emocional e intelectualmente, permitindo que a pessoa se conheça melhor, por ter um indicativo de quais foram os alicerces para sua geração e formação. A questão da dignidade da pessoa humana é

³³ *Critério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 475-477.

*tão ampla que é objeto de análise de inúmeros ramos do conhecimento, dentre eles psicologia, medicina, religião, ciências jurídicas e filosofia*³⁴.

Desta feita, sem prejuízo de eventual preservação do *status* jurídico advindo de vínculo afetivo quanto à definição de determinada relação jurídica de filiação para todos os fins e efeitos de direito, dentre os quais se destacam o endereçamento da pretensão alimentar (CC, arts. 1696 e 1697) e os direitos ao uso do nome de família (CC, art. 16), ao recebimento de herança (CC, art. 1829), ao exercício do poder familiar (CC, arts. 1630 e 1634), à regulamentação da guarda e do regime de visitação à prole menor (CC, arts. 1583, 1584 e 1589) e à irrevogabilidade do parentesco (CC, arts. 1609 e 1610), *a priori*, nenhuma razão de ordem prática ou legal obsta a concomitante indagação do genótipo dos envolvidos, matéria inerente à sua dignidade, fato que não pode ser olvidado quando da atribuição de exegese conforme do art. 1601 do Código Civil aos preceitos prescritos pela Constituição de 1988 à organização da família brasileira, com o que se logrará evitar sua pura e simples declaração de inconstitucionalidade.

Neste diapasão, de há muito o Superior Tribunal de Justiça abandonou a tese de suposta incompatibilidade entre a irrevogabilidade da adoção ou do reconhecimento espontâneo da paternidade e o concomitante direito do filho adotivo ou reconhecido de investigar sua origem biológica: *“Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração do art. 48 da Lei 8.069/1990*

³⁴ “Efeitos da Coisa Julgada: As Demandas para o Reconhecimento da Filiação e o Avanço da Técnica Pericial”, in: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Coord. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 19.

(ECA). *A adoção subsiste inalterada. A Lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso Direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA*³⁵.

Na mesma toada, também o Tribunal Constitucional alemão, em precedente de 1994, privilegiou o direito personalíssimo de reconhecimento da própria origem genética, desvinculado, porém, de qualquer efeito sobre a relação jurídica de parentesco adredemente estabelecida³⁶, de maneira a conciliar os princípios da plena informação, da identidade genética, da admissão tanto da filiação biológica, como da sociológica e, por conseguinte, da própria dignidade humana, similarmente garantidos como direitos fundamentais pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, nos termos dos arts. 5º, *caput* e inciso XIV; 226, § 7º; 227, §§ 4º e 6º e 1º, inciso III, todos da Constituição Federal de 1988.

³⁵ Resp. 127.541 (1997/0025451-8)-RS, da 3ª Turma, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 28.08.2000. Revista Brasileira de Direito de Família 7/67, Porto Alegre: Síntese, out. 2000.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação", in: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: a Família na Travessia do Milênio*. II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, p. 247 (nota de rodapé).

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

No clássico enunciado de Pontes de Miranda³⁷, segurança jurídica é aquela que as pessoas têm quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção de seus direitos no trato com outras pessoas. Formalmente, representa a garantia da aplicação objetiva da lei, permitindo que os indivíduos saibam, previamente, quais os direitos, os deveres e as regras vigentes no ordenamento jurídico ao qual se encontram atrelados e que darão ou não guarida às suas expectativas e pretensões.

Segundo fórmula elaborada por Peces-Barba Martinez³⁸ e invocada por José Luis Palma Fernández³⁹, a segurança jurídica é um conceito histórico característico do mundo moderno, pois, na Idade Média, a ausência de temor e dúvidas brotava da inserção do homem em determinada comunidade, grêmio, relação de vassalagem ou corporação de ofício onde era formado desde o nascimento e orientado até a morte.

O preâmbulo da Constituição francesa de 1793 definiu-a como a proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, direitos e propriedades.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 3ª ed., 1970, I:139.

³⁸ MARTINEZ, Peces-Barba. "La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho". In: *Anuario de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 216 e ss.

³⁹ FERNÁNDEZ, José Luis Palma. "La Seguridad Jurídica ante la Abundancia de Normas". In: *Cadernos y debates*, vol. 68, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 20.

Luís Roberto Barroso⁴⁰, no artigo “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”, explica que o termo, em seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, passou a designar um conjunto bastante abrangente de ideias e conteúdos, dentre o quais: *“1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos, em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”*.

Pode-se, destarte, sintetizar a segurança jurídica como o princípio do Estado Democrático de Direito, formal e materialmente estruturante de seu ordenamento, por força do qual, dada a existência de comandos antecipadamente postos e que revelam certa estabilidade jurídica, os indivíduos podem prever os efeitos asseguradores de seus direitos e deveres.

Resgatando a teoria de Luhman sobre o papel do Direito na institucionalização e garantia das expectativas difundidas no meio social através de comportamentos legítimos, verifica-se que são exatamente as facetas da estabilidade e da previsibilidade das relações entabuladas entre pai e filho afetivo durante certo lapso temporal, cientes embora de não descenderem do mesmo ancestral biológico, que permitem atrelar o princípio jurídico em testilha, contido nos arts. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI e XXXVII, e

⁴⁰ Revista da AJUFE, ano 19, n. 64, jul./set., 2000, p. 77.

150, inciso III, alínea “b”, da Carta de 1988, ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, porquanto edificada a partir de contínuo e vagaroso processo de elaboração do afeto e do carinho recíprocos nas relações estabelecidas entre a prole e pessoa que voluntariamente assumiu o papel de seu genitor perante a comunidade, de molde a inculcar não apenas no espírito dos diretamente envolvidos, mas também no da própria sociedade em que inseridos, pretensões e expectativas de condutas dignas de proteção, isto é, direitos e obrigações recíprocos advindos da publicamente demonstrada “posse de estado de filho”.

Colocado de outro modo, o princípio constitucional e direito fundamental à segurança jurídica, extraído implicitamente do ordenamento brasileiro, a partir de outros tantos expressamente gravados na Carta de 1988, como os da legalidade (art. 5º, II), da irretroatividade das leis, da proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º XXXVI), do Juiz Natural (XXXVII), do livre acesso ao Poder Judiciário (XXXV) e da anterioridade tributária (150, III, b), embasa o estatuto constitucional da filiação socioafetiva.

Não obstante a referência no preâmbulo constitucional ao termo “assegurar” e ao vocábulo “segurança” no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o constituinte não avançou a ponto de registrar, de forma específica, a expressão “segurança jurídica”. A omissão não impede, todavia, seja o princípio inferido indiretamente dos demais dispositivos albergados pelo ordenamento constitucional para fundamentar e proteger relações paternofiliais calcadas em vínculo puramente afetivo, não se estando diante de hipótese de “silêncio

eloquente”: *“a segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita”*.⁴¹

Mais do que singelo exercício de invenção ou subjetivismo em sede de interpretação conforme do art. 1601 do Código Civil à Constituição Federal, a segurança jurídica, âncora racional do estatuto normativo da paternidade socioafetiva, consubstancia direito fundamental e princípio implícito do ordenamento constitucional brasileiro, cediço constituírem as facetas da previsibilidade e da certeza dela decorrentes pilares de seu Estado Democrático, sendo extraída do regime e dos demais princípios adotados pela mesma Carta Fundamental (art. 5º, *caput* e §2º), enquanto garantia do cidadão contra o acaso e a ingerência despropositada do Poder Público na esfera íntima de suas relações pessoais e familiares, por pertencer ao grupo dos valores mais importantes para a convivência humana, sem os quais a sociedade perece por desagregação.

Há preceitos constitucionais outros igualmente veiculadores da segurança jurídica, e, por conseguinte, da proteção das expectativas de conduta disseminadas junto ao corpo social por determinada relação paterno-filial fundada exclusivamente em afeto calcado na autonomia da vontade livre e desembaraçada de vícios dos envolvidos e que se protraiu ao longo do tempo, como os do respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, matérias petrificadas (CF, arts. 5º, XXXVI, e art. 60, § 4º, inciso IV).

Decorre, assim, a segurança jurídica do conjunto formado, a um só tempo, pela estabilidade jurídica, objetivamente moldada, no caso da paternidade socioafetiva, através da “posse de estado de filho”, e pela previsibilidade subjetiva (certeza do direito),

⁴¹ Paulo de Barros Carvalho. “O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária”, in: Revista Ciência Jurídica, n. 58, p. 50-51.

que faz surgir nos destinatários das normas a pretensão de garantia de um mínimo de estabilidade no intercâmbio jurídico (direito fundamental à segurança jurídica), protetivo da pretensão do filho afetivo de ser tratado em absoluta igualdade de condições ao biológico no que toca a seu *status familiae* (CF, art. 227, §6º), fonte da qual emanam direitos e deveres recíprocos, como a possibilidade de dedução de pleitos recíprocos de natureza alimentar ou sucessória entre quem sempre se reconheceu e tratou como pai e filho, a despeito da ausência de laço consanguíneo comum.

Disto resulta a imposição ao intérprete constitucional do dever de eleger, de acordo com as particularidades da hipótese concreta a solucionar, o critério de verdade da filiação que maior pertinência guarde com a estabilidade das relações sociais e o senso comum de justiça, o que, por vezes, mas não sempre como pretende fazer crer parte relevante da doutrina nacional⁴², apontará para a adoção do elemento afetivo por

⁴² A título de ilustração, Maria Berenice Dias: "Inquestionavelmente, o valor a prevalecer é a filiação socioafetiva, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica. Tem prevalência até sobre a coisa julgada, pois nada deve obstacularizar o estabelecimento de um vínculo jurídico para cancelar uma verdade que não existe. Comprovada a posse de estado de filho, ou melhor, o estado de filho afetivo, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a Justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo. Ausente a filiação afetiva, torna-se imperioso prestigiar a verdade biológica. A possibilidade de sua identificação com índices absolutos de certeza (ao menos quanto ao resultado negativo), em decorrência dos avanços científicos, não pode ser desprezada para manter uma certeza obtida por meio fictício. (...) Deve a Justiça prestigiar a verdade afetiva. A procedência da ação não terá efeitos constitutivos, mas meramente declaratórios, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial". *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 361 e 364. Foi igualmente enfática ao relatar a Apelação Cível nº 70005458484 junto ao E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "*não se pode dizer que um pai socioafetivo seja menos pai do que um pai biológico, do contrário, aquele merece tanta ou mais proteção do que este*". Na mesma esteira de pensamento, Jacqueline Filgueiras Nogueira: "Assim, havendo disputa de paternidade, tanto de paternidade jurídica como paternidade biológica, com paternidade sócio-afetiva, deve o Direito fazer preponderar a paternidade sedimentada nos laços afetivos. Diferentemente, em havendo paternidade biológica ou jurídica com presença de 'posse de estado de filho', deve ser essa paternidade inatacável" (*A Filiação que se Constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo. Ed. Memória Jurídica, 2001, p. 148) e Paulo Luiz Netto Lobo: "a família, como dado de realidade e modelo adotado na Constituição, não é mais a biológica. Sua finalidade é a realização de interesses afetivos, a comunhão de amor entre seus membros. A relação de pai e filho é fundada na afetividade, na relação de afeto que se fortalece no dia-a-dia, e não necessariamente na origem biológica. (...) O afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. Em muitos casos, a consanguinidade tem servido à desagregação, à violência entre grupos familiares, à primazia do interesse patrimonial, não sendo causa necessária da construção do mais nobre dos sentimentos humanos, a solidariedade. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue". "O Exame de DNA e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana", in: *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Ano I, volume I, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 70-71.

sobre o biológico, ou, mesmo, na esteira da tese fixada no Recurso Extraordinário n. 898.060, para a coexistência de ambos, inexistindo, pois, razão bastante para se atribuir, de antemão, importância maior aos laços de sangue do que aos de carinho, cuidado e proteção, ou vice-versa.

Em sentido contrário, todavia, países como a França chegam a proibir o reconhecimento da filiação biológica quando estabelecido e consolidado prévio vínculo de paternidade socioafetiva (cf. art. 334, item 9, de seu Código Civil) caracterizado pela posse de estado, tese sufragada, em plagas autóctones, no art. 76, §2º, inciso II, do Projeto de Lei nº 2.285/07 (“Estatuto das Famílias”), elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e em trâmite perante o Congresso Nacional (“*Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade: I - em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude. II - caso fique caracterizada a posse do estado de filho*”), de cuja justificativa se depreende o que segue: “*Almeja-se descortinar os paradigmas parentais, materno-filiais e paterno-filiais que podem apreender, no plano jurídico, a família como realidade socioafetiva, coerente com o tempo e o espaço do Brasil de hoje, recebendo a incidência dos princípios norteadores da superação de dogmas preconceituosos (...) nenhuma impugnação deve prevalecer quando se constatar a existência de posse de estado da filiação, consolidada na convivência familiar duradoura*”.

Sustentamos melhor se assemelhar a adoção de posicionamento intermediário que garanta, a um só tempo, em sede de interpretação conforme da regra do art. 1601 do Código Civil à Constituição Brasileira, o exercício irrestrito da investigação da origem biológica dos interessados, a fim de atender-se desde eventual necessidade psicológica

de tal descoberta, passando pelo esclarecimento de impedimentos matrimoniais, até a preservação da vida e saúde de portador de doença genética ou carente de transplante de órgãos, nem sempre acompanhada, todavia, de concomitante modificação do vínculo jurídico de paternidade já consolidado, desde que não calcado em erro ou desconhecimento da verdade biológica perscrutada.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴³ enfatiza que o princípio regulador do direito, responsável por lhe conferir sentido, é a exigência moral de justiça, de modo que ofenderia a razoabilidade desfazer, de forma traumática, da noite para o dia, por singela ausência de liame genético adredemente conhecida por um ou ambos os envolvidos, sólida relação filial edificada no amor e na persistência de contatos regulares entre pai e filho, desfecho capaz de causar indignação em qualquer leigo.

Assim, a segurança jurídica assume ora as feições de princípio constitucional tradutor do ideal de estabilidade resguardado pela paternidade socioafetiva, um dos fundamentos nucleares do ordenamento pátrio, ora o caráter de direito fundamental, a saber, o de desfrutar de dada relação de paternidade responsável (CF, art. 226, §7º), biológica ou não, cumprindo a finalidade de garantir o presente, o futuro e o passado dos interessados, que, conhecendo previamente o tratamento jurídico a incidir sobre vínculo de perfilhação calcado exclusivamente na autonomia da vontade, poderão livremente pautar sua conduta de modo a perseguirem ou evitarem os respectivos efeitos jurídicos.

É dizer, pressupondo a estabilidade inerente ao princípio constitucional e direito fundamental da segurança jurídica a existência de previsibilidade quanto à

⁴³ *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 373.

regulamentação de condutas humanas, a alteração de determinado vínculo jurídico de filiação biológico ou socioafetivo levado ao conhecimento do juiz somente se justificará se devidamente sopesados os demais vetores constitucionais incidentes à espécie, como a proteção integral e o bem-estar de menor eventualmente envolvido, os direitos fundamentais de convivência no seio da família e de igualdade absoluta entre irmãos independentemente de sua origem biológica ou socioafetiva (CF, art. 227, *caput* e §6º) e a boa-fé dos interessados.

Desta maneira, considerada em sua faceta principiológica como um estado ideal de coisas a ser promovido em medida máxima de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de dada situação a decidir, a segurança jurídica poderá justificar, v.g., ainda que não sempre ou necessariamente na eventualidade de alteração de referidas condições fáticas e jurídicas, a persistência de relação de paternidade socioafetiva não coincidente com os critérios biológico ou presuntivo-legal, aos quais sobrepujará, in concreto, com os fins de evitar indesejáveis estados de surpresa quanto a relações jurídicas de há muito consolidadas, de tutelar as expectativas espargidas em sociedade pelos envolvidos ao longo do tempo e de proporcionar às relações familiares um mínimo de continuidade e harmonia indispensáveis à consecução do objetivo social maior de plena comunhão de vida no interior dos lares brasileiros.

4. EXERCÍCIO DE PONDERAÇÃO RACIONALMENTE FUNDAMENTADA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA SEGURANÇA JURÍDICA TENDENTE A CONFORMAR A REGRA DA IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE PREVISTA NO ART. 1601 DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO PARTICULAR DA FIXAÇÃO DE DETERMINADA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO EM QUE INSTAURADO O CONFLITO ENTRE AS VERDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

O poder constituinte de 1988, atento à segurança jurídica e à dignidade humana, garantiu ao indivíduo o direito fundamental à descoberta e fixação de seu vínculo de paternidade real, não mais se satisfazendo, de proêmio, com singelas ficções jurídicas ou presunções-legais para a definição da matéria, de modo que a paternidade imputada pela lei civil ao marido da genitora (CC, art. 1597, incisos I a V) jamais prevalecerá quando em cotejo com as demais modalidades às quais outorgou tratamento preferencial e equiparado, a saber, às paternidades biológica ou socioafetiva (ou à coexistência de ambas), nos termos dos arts. 226, §§4º e 7º, e 227, §6º, da Carta Magna, restando apreciar a hipótese de eventual colisão entre si.

A isonomia atinente ao status de filho, independentemente de sua origem, radica no fato de se fundar tanto a família sociológica como a biológica no mesmo propósito de comunhão plena da vida de seus integrantes, tributando-se igual criação, educação e amor tanto à prole biológica como à de coração, de forma que, pelo próprio bom senso, não se pode conferir efeitos jurídicos distintos a quem vive em condições

análogas, pena de violação da baliza inscrita no art. 5º, *caput*, da Lei Maior: “a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética, porquanto o que importa é a manutenção contínua dos vínculos do amor, carinho, desvelo, ternura, solidariedade que sustentam, efetivamente, o grupo familiar. (...) Por isso imponderável a idealização da diferença jurídica entre os filhos biológico e afetivo, porquanto são identificados como membros de uma família, os quais, perante a Constituição Federal de 1988, são iguais em direitos e obrigações”⁴⁴.

Desta maneira, sempre que trazido ao conhecimento do juiz eventual confronto entre as verdades biológica e socioafetiva no bojo de ações de investigação ou negatórias de paternidade, estar-se-á igualmente diante de um conflito entre princípios de mesma envergadura constitucional (dignidade humana e segurança jurídica), cujo deslinde demanda a elaboração de relação de ponderação racional compreensiva de todos os interesses, direitos, posições jurídicas, riscos, expectativas e contraprestações em jogo, a fim de se dar o correto desate à causa.

Ter-se-á, por um lado, o princípio constitucional da dignidade humana que se espraia por um sem número de aplicações e baliza o direito fundamental de pesquisa da própria identidade genética (de descoberta da ascendência ou descendência de sangue⁴⁵), tendente a privilegiar, *a priori*, o critério biológico e apontar no sentido de suposta e imediata harmonia constitucional do mandamento veiculado pelo art. 1601 do Código Civil, ao estatuir pretensa imprescritibilidade, admissibilidade ilimitada e automática

⁴⁴ BELMIRO, Pedro Welter. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 66-68.

⁴⁵ VELOSO, Zeno. “Negatória de Paternidade: Vício de Consentimento”. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 3, out-dez. 1999, p. 215.

procedência de ação negatória ajuizada pelo marido no tocante à paternidade dos filhos gerados pela consorte, com fulcro exclusivo na ausência de liame genético afastado por exame pericial, donde a aparente desnecessidade de se integrar o significado ou o conteúdo de sua literalidade por meio de interpretação conforme à Constituição.

Ocorre, todavia, que, por outro vértice, incidirá igualmente sobre a hipótese concreta em apreço, no mais das vezes e concomitantemente, norma diversa albergada pelo ordenamento com idêntica estatura de princípio constitucional e direito fundamental, a saber, aquela protetiva da segurança jurídica e desdobrada na vertente do direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente e da equiparação entre filhos independentemente de sua origem biológica ou afetiva (CF, art. 227, *caput*, e §6º), orientada, portanto, iversamente, a uma preliminar primazia da paternidade sociológica com a finalidade de proteger a estabilidade e a permanência das relações filiais, bem assim as expectativas consolidadas e espargidas no meio social ao longo do tempo pelo cônjuge-investigante e o investigado, a despeito de erigidas a partir de relação exclusivamente afetiva e independente de laço consanguíneo cuja ausência configura precisamente a causa de pedir do feito negatório ajuizado.

Diante da tensão estabelecida entre dois valores de similar relevância hierárquica passíveis de determinação da relação jurídica paterno-filial (biologia e afeto), porque respectivamente fundados nos princípios constitucionais e direitos fundamentais da dignidade humana (em sua vertente da faculdade de indagar ilimitadamente a respeito da própria origem genética) e da segurança jurídica (voltada a garantir a estabilidade advinda da relação fática de filiação sedimentada no meio social e que impõe a observância da igualdade entre irmãos), deverá o julgador, em face das peculiaridades

fáticas e jurídicas da hipótese em apreço, afastar episódica e fundamentadamente um deles em prol do outro, que gozará de peso e dimensão relativamente maiores, sem prejuízo, ademais, como visto, mais recentemente, de excepcional concomitância de ambos no assento de registro de nascimento do interessado.

Empiricamente, será o caso de privilegiar a verdade do coração e a conseqüente proteção da segurança jurídica sempre que a busca da verdade biológica e a contestação do vínculo afetivo se deverem a razões de ordem puramente econômica ou egoística (pressuposto fático a ser invocado e comprovado), como quando o investigante ou o contestante pretenderem, tão-somente, obter ou recusar direitos sucessórios e alimentares mais vantajosos junto ao parente biológico, em imoral menoscabo de relação sociológica conscientemente elaborada por anos a fio.

Estar-se-á, não se nega, diante de decisão criativa da lavra do intérprete judicial, porém coerentemente fundada e consoante a normas constantes do próprio ordenamento constitucional, além de uniforme e possuidora do condão de impedir o decreto de inconstitucionalidade total da regra constante do art. 1601 do Código Civil, conduzindo seja à improcedência do pleito de alteração da paternidade promovido por filho cobiçoso, que busca se beneficiar patrimonialmente junto a genitor biológico com quem jamais entabulou qualquer tipo de contato ou vínculo afetivo, seja, inversamente, da contestação da filiação por genitor socioafetivo interessado em se eximir de deveres alimentares ou de reciprocidade sucessória quando da cessão do convívio com a mãe de rebento a quem publicamente criou durante considerável lapso temporal como se seu filho biológico também o fosse, de maneira a preservar, nos exemplos citados, por prevaletes razões de segurança jurídica, o critério socioafetivo, sem prejuízo, é bem

certo, de concomitante permissão para a perquirição ilimitada da genealogia dos envolvidos, faculdade inerente a seu direito fundamental de personalidade e à garantia de sua dignidade, desacompanhada, porém, de modificação do *status* jurídico de filiação socioafetiva previamente consolidado, sucumbindo, destarte, eventual pretensão cumulada de retificação dos dados inseridos nos assentos registrários dos envolvidos.

Vale dizer, estabelecer-se-á, caso a caso, via critérios de proporcionalidade, universalidade e sopesamento dos valores em colisão, como os da moralidade, do direito à convivência familiar (CF, art. 227, *caput*), da paternidade responsável (art. 226, §7º), do melhor interesse do menor envolvido (art. 227, *caput* e §6º) e da boa-fé dos interessados, interpretação conformadora do art. 1601 do Código Civil, inspirada no histórico evolutivo favorável tanto ao incremento da pesquisa ilimitada da ascendência genética como ao fortalecimento do afeto e sua ascensão a bem juridicamente tutelável, em detrimento de relações puramente presuntivo-legais ou exclusivamente inspiradas em mesquinhos interesses patrimoniais, de parte a parte.

Não se está com isto a defender, ao contrário de relevante doutrina civilista de vanguarda linhas atrás mencionada, que se deva fixar de maneira apriorística e absoluta a primazia de quaisquer dos critérios de determinação de paternidade em comento (biológico ou socioafetivo), cediço ostentarem a mesma envergadura constitucional, porquanto veiculados, respectivamente, pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, impendendo antes apreciar, detidamente, as peculiaridades do caso concreto em que situados os participantes da relação de parentesco que se pretende afirmar ou rechaçar, repudiando-se quaisquer juízos generalizantes ou açodados sobre a questão.

A corroborar o raciocínio, calha o centrado ensinamento de Luiz Edson Fachin⁴⁶: “A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. É uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos”.

Cuida-se, enfim, de dissociar ou graduar as vertentes biológica e afetiva do conceito jurídico de paternidade, delas se amputando qualquer sequela normativa (como a reciprocidade alimentar e sucessória e os respectivos direitos-deveres de guarda, visita, educação, proteção e sustento da prole), sempre que, à luz das especificidades do problema a solucionar, opte o intérprete constitucional, de maneira racional e fundamentada (e não discricionária ou arbitrária), por uma das opções passíveis de escolha, logrando assim conciliar a previsão do art. 1601 do Código Civil aos dispositivos constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III e 226, §7º) e da segurança jurídica (art. 5º, incisos II, XXXVI, XXXVII, XXXV e 150, III, “b”).

Significa reconhecer, ao lado de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁷ e Belmiro Pedro Welter⁴⁸, que o estado de filiação não está atrelado à origem genética radicada no direito de personalidade, de modo que eventual sedimentação fática da paternidade socioafetiva não obstará a indagação da origem biológica do interessado, em decorrência da proteção conferida à sua dignidade, mas tampouco implicará, por razões de segurança

⁴⁶ *Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

⁴⁷ “Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária”, in: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM – Síntese, v. 19, agosto-setembro 2003, p. 133-156.

⁴⁸ *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

jurídica, necessária e automática alteração do *status* da parentalidade fundada no afeto e até então válida para todos os fins de direito.

Conquanto constatada a posse de estado de filho socioafetivo, tal não impedirá a propositura de ação judicial visando, primordialmente, ao esclarecimento da verdade biológica (ascendência genética), cuja revelação não implicará, necessariamente, efeitos constitutivo e patrimonial, mas, *a priori*, apenas declaratório, porquanto o singelo reconhecimento judicial da inexistência de traço genético comum não bastará a que se proceda, como se poderia incorrer em apressada e irrefletida leitura da literalidade do art. 1601 do Código Civil, à alteração do registro lançado no assento de nascimento do interessado.

É claro que, no mais das vezes, o vínculo de filiação deriva naturalmente de relação biológica original, à qual se acresce o elemento cultural e afetivo da convivência diuturna que pode vir a suplantá-la na determinação da relação normativa de paternidade, a ser exercida de maneira responsável, segundo mandado constante do art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

Daí porque, para que também efeitos constitutivos sejam acrescentados à descoberta da origem cromossômica dos litigantes, mister se fará concomitante demonstração, a uma, da não-constituição de relação de afeto geradora da posse do estado de filho, ou, a duas, de prévio desconhecimento da inexistência de vínculo genético comum, hipótese de erro essencial sobre a pessoa do filho, forte nos arts. 138 e 139, inciso II, do Código Civil.

A relativização do dogma da prevalência absoluta da paternidade biológica (levado ao extremo da constrangedora divulgação de exames de DNA em programas de

auditório) exige a elaboração de hermenêutica conforme do art. 1601 do atual diploma civil aos preceitos constitucionais retro, implicando concomitante comprovação de relacionamento afetivo embasado em vontade livre e consciente do consorte traído que ainda assim optara pela constituição do núcleo familiar, espargindo seu reconhecimento para o núcleo social em que inserido, com o que se estará, a um só tempo, a) reafirmando valor jurídico ao amor, essencial às relações interpessoais; b) preservando o esclarecimento da ascendência genética dos envolvidos; c) protegendo a boa-fé das partes no tocante a eventual desconhecimento do vício de consentimento em que fora porventura edificada a relação socioafetiva (desconhecimento, pelo consorte, de traição que o levara a reconhecer e criar a prole como se sua biologicamente também o fosse); e, finalmente, d) coibindo a prática de maliciosos comportamentos torpes e vis em detrimento da parte inocente.

Ao encontro da tese sufragada colhe-se algumas manifestações junto à jurisprudência, bastando mencionar que a Corte Estadual de Justiça do Paraná, já em 2001, nos autos da Apelação Cível nº 108.417-9, reformou sentença de procedência proferida em ação negatória de paternidade intentada pelo genitor com o objetivo de desconstituir “adoção à brasileira” que praticara e assim eximir-se da correspectiva obrigação de pensionar o “adotado”, em obediência à máxima de não lhe ser dado invocar a própria torpeza em Juízo⁴⁹, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

⁴⁹ Este também o entendimento de Maria Berenice Dias em decisão proferida aos 21.10.1999 no bojo dos Embargos Infringentes nº 599.277.365, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: *“Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação sócioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição”*.

admitiu ação de investigação de paternidade de origem biológica desacompanhada de efeito desconstitutivo-registrário (AI 70009636788 – 8ª Câm. – Relator o Des. Rui Portanova – julgado em 31/08/2004), manteve sentença de improcedência proferida em ação negatória de paternidade intentada por genitor socioafetivo mesmo depois de pericialmente afastado o vínculo sanguíneo por exame de DNA (AC 70007706799 – 8ª Câm. – Relator o Des. Alfredo Guilherme Engiert – DOERS 17/04/2004) e negou, inversamente, a possibilidade de pai biológico reaver filha menor que espontaneamente entregara a terceiro que a registrou e criou (Apelação Cível nº 70001995695), rechaçando, afinal, o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, componente de sua 8ª Câmara Cível, com linhas fortes, pretensão negatória de vínculo socioafetivo de paternidade intentada pelo filho com o intuito de colher direitos sucessórios melhor aquinhoados junto ao espólio do indigitado genitor biológico: *“Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva. Daí não se tratar de um rematado absurdo a cogitação de que se pudesse pretender pôr limites à investigação da paternidade biológica, porque, quando se permite indiscriminadamente esta pesquisa, se está jogando por terra todo o prisma sócio-afetivo do assunto, e isto vale também para a paternidade biológica, não só para a adotiva. O pai e a mãe criaram um filho, com a melhor das criações possíveis, com todo o amor que se podia imaginar; passam-se os anos; 40 anos depois, resolve o filho investigar a paternidade com relação à outra pessoa, esbofeteando os pais que o criaram por quarenta anos! E normalmente esses pedidos são tão despropositados que, falando em tese, muitas vezes têm a ver apenas com a cobiça, descubrem que o pai*

biológico tem dinheiro, vai herdar, então despreza os pais que o criaram, que deram toda a educação, quer adotivos, quer biológicos – tidos como biológicos –, e vai procurar o outro pai que teve o tal de coito, uma vez na vida” (Ac. 595118787, julgada em 08.11.1995, RJTJRS 176/771-772/9).

Há mesmo quem sustente, forte na equiparação constitucional das filiações biológica e afetiva (CF, art. 227, §6º), a possibilidade de reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva de menor independentemente de prévia submissão a processo de adoção (§5º), bastando a lavratura de escritura, redação de escrito particular, testamento ou manifestação direta perante o juiz nos moldes do art. 1609 do Código Civil (considerado irrevogável, irretroatável e indisponível, não admitindo arrependimento ou impugnação ulterior, a não ser na hipótese de erro essencial sobre a pessoa ou falsidade do registro), cediço não se exigir, analogamente, para o reconhecimento voluntário da paternidade de filho biológico, os mesmos e desgastantes requisitos burocráticos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção, como a realização de estudo social, de estágio probatório, a comprovação de bons antecedentes cíveis e criminais, a apresentação de comprovantes de residência, de renda ou atestados de saúde física e mental dos candidatos, dentre outros⁵⁰.

⁵⁰ WELTER, Belmiro Pedro. “Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial”, in: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77: “O artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, juntamente com o artigo 1596 do Código Civil, e artigos 25 a 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com âncora nos princípios constitucionais da unidade e da interpretação conforme a Constituição, da convivência em família, da igualdade entre as filiações biológica e afetiva, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, hão de ser lidos no sentido de que os filhos biológico e socioafetivo, havidos ou não da relação do casamento ou da união estável, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias, podendo ser reconhecidos conjunta, separada e/ou voluntariamente, no próprio termo de nascimento, na averiguação oficiosa de paternidade, por testamento, escritura pública, escrito particular ou por manifestação direta e expressa perante qualquer Magistrado, ou mediante processo judicial de investigação de paternidade e/ou de maternidade biológica ou sociológica”.

O temperamento ora vaticinado da tese de que a imprescritibilidade da contestação de paternidade esculpida no art. 1601 do Código Civil indicaria suposta preferência absoluta do legislador pátrio pelo critério da verdade biológica traduz maior estabilidade social, objetivo primordial do Direito enquanto ciência voltada à manutenção da paz e da ordem, até porque indelével na memória dos envolvidos tão marcante história de vida, a despeito das cicatrizes eventualmente advindas de penosa demanda judicial⁵¹, detendo, ademais, o condão de arrostar o aparente paradoxo de se sagrar o cônjuge traído porventura vencedor de ação indenizatória por danos morais ajuizada em face da consorte adúltera conquanto concomitantemente vencido em sede de ação negatória de paternidade intentada contra a prole socialafetiva, de maneira que a sorte de ambos os feitos há de restar coerentemente atrelada à pretérita ciência/descoberta ou não da traição, ao lado da postura a partir de então desempenhada pelo autor em relação ao rebento com quem jamais deteve vinculação genética.

Neste sentido, em outra hipótese de ação negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos em sede da qual genitor registrário pretendia impugnar a paternidade do filho biológico de sua companheira, o qual aceitara não obstante registrar e criar mesmo ciente de que fora gerado por terceiro, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anulou o julgamento antecipado e procedente da lide em primeiro grau de jurisdição calcado exclusivamente em exame pericial excludente do

⁵¹ Em seu livro de memórias, *A Memoir of My Early Years*, Julie Andrews relata que, a despeito de ser fruto de relacionamento extraconjugal de sua mãe, verdade que lhe fora revelada somente quando adolescente, tal não impediu, após o divórcio, que seu “pai” continuasse a amá-la e visitá-la como filha, mesmo ciente da inexistência de origem biológica comum: *“Isso não alterou o fato de que o homem que me criou era o homem que eu realmente amava. Sempre o considerarei como meu pai. (...) Foi ele quem despertou em mim a verdadeira noção de realidade da vida. Foi também meu pai que me levou para caminhadas ao ar livre, para nadar e para a praia. Ele costumava escalar as colinas locais, e me deu o amor pelos livros. Costumava comprar livros para mim. (...) Ou ele vinha visitar-me num fim de semana e nós andávamos de bicicleta. (...) Eu o amei com toda a força do meu ser”* (O Estado de S. Paulo, edição de 22 de maio de 2008, Seção Caderno 2, p. D13).

liame biológico, sob o fundamento de cerceamento do direito constitucional de ampla defesa, a fim de conceder ao demandado a chance de provar a existência de vínculo de filiação afetiva, consoante lição do Eminentíssimo Desembargador relator Antonio Carlos Mathias Coltro: *“Ainda que o direito positivo não aluda de forma expressa à sócio-afetividade, a ela não deixa de remeter e de forma implícita, que chega quase à explicitude, em determinadas circunstâncias, prestando-se como exemplo adequado o da adoção. Família não é somente o ente advindo de relação biológica, havendo que se considerar e em algumas vezes com importância até superior, a que advém do relacionamento afetivo, em cuja moldura tanto é possível inserir! Se em relação ao filho biológico a afetividade surge como circunstância natural e resultante de sua própria condição, torna-se evidente que no tocante ao filho que não tenha essa mesma característica, acabe ela por emergir, como fruto da ligação que passa a existir entre ele e os pais”* (TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado, Comarca: Barueri – 6ª Vara – Processo nº 29013/2004, Apelação nº 464.936-4/0-00 – Voto nº 13384).

Percebe-se, em suma, que a ora pugnada interpretação conforme da regra constante do artigo 1601 do Código Civil aos cânones constitucionais da dignidade humana e da segurança jurídica permite ao intérprete judicial criativamente moldar determinado conteúdo que aprioristicamente emanaria de sua literalidade (a saber, de que seria supostamente dado ao cônjuge casado, em todas as hipóteses possíveis e imagináveis, contestar, sem qualquer limite temporal, a paternidade dos filhos havidos por sua esposa), adequando-o ao único sentido compatível com a Constituição Federal de 1988, qual seja, de que somente se admitirá, em realidade, o desfazimento ilimitado no tempo, porque imprescritível, da paternidade presuntivamente imputada por lei ao marido de esposa adúltera (CC, art. 1597, incisos I e II) acaso efetivamente constatada,

para além da ausência de liame biológico: a) a não-constituição, em concreto, de relação socioafetiva entre o genitor e a prole, ou; b) acaso edificada esta última em vício de vontade que acometera o impugnante de boa-fé, ao equivocadamente estender relação de paternidade socioafetiva a rebento que reputava ser igualmente seu filho biológico, hipótese de erro essencial sobre a pessoa assim reconhecida, ante o desconhecimento da traição que redundara em gravidez clandestina.

Do contrário, comprovado vínculo paternofilial não erigido sobre vício de vontade, mas em afeto que atendera todos os demais requisitos da posse de estado de filho (*nominatio, tractatus e reputatio*), como na eventualidade de prévio ou posterior conhecimento da traição e consequente perdão do traído, que passara ou continuara a criar a prole como se sua biologicamente também o fosse, admitir-se-á somente a indagação da origem genética dos envolvidos, direito fundamental de personalidade, mas não a desconstituição jurídica da relação de paternidade espargida pelo núcleo familiar no meio social, por não determinada preferente ou exclusivamente pelo critério biológico, mas também pelo princípio da afetividade, garantido pela Constituição Federal, ao assegurar a igualdade absoluta entre irmãos independentemente de sua origem biológica ou civil (art. 227, §§5º e 6º), disposição repetida pelo art. 1593 do Código Civil, e o direito fundamental à convivência familiar (não necessariamente biológica) à criança e ao adolescente (*caput*), de modo a outorgar a mesma dignidade aos laços de filiação consanguínea ou socioafetiva.

Com isto, cumpre-se a máxima de que nenhuma lei ordinária deve ser declarada inconstitucional quando puder ser justificadamente compreendida em consonância com a Lei Fundamental, hipótese em que, se é certo que o juiz responsável por sua

aplicação exerce atividade aditiva de sentido ao texto interpretado, fá-lo, todavia, em respeito ao princípio da separação de poderes, porque de maneira racional, razoável, argumentativa e suficientemente fundamentada, sem que se possa falar em ilegítima usurpação da atividade legislativa.⁵²

As sentenças interpretativas, gênero de que a interpretação conforme a Constituição é espécie, criam em maior ou menor grau direito novo, mesmo quando manejadas sem a intenção primordial de corrigir ou aperfeiçoar a lei, mas nem por isso consubstanciam violação à separação de poderes, pois a norma a ser “salva” será reputada constitucional “desde que” tomada em determinado sentido compatível com a Carta superior, extraíndo-se determinado conteúdo não aparente fundado na polissemia de sua literalidade, que é preservada, sem a necessidade de expulsão do sistema, bastando blindá-la, via exclusão de sentidos outros que conduziriam, em tese, à declaração de inconstitucionalidade, como na eventualidade de se sustentar caolha exegese de que o art. 1601 do Código Civil teria porventura estabelecido preferência absoluta pelo biologismo e pela hipertrofia do critério genético em detrimento do socioafetivo em sede de fixação da paternidade.

Prevalecendo o raciocínio intermédio retro desenvolvido, contorna-se a imposição da pecha de inconstitucionalidade total à lei, sustentada, em doutrina, é bom que se diga,

⁵² Lenio Luiz Streck esclarece que em um mesmo texto jurídico a busca do intérprete deve ser concomitante tanto pelo espírito do legislador como pela vontade da norma, encontrando limite apenas no conjunto principiológico da Constituição, inexistindo um só e único sentido imanente ou unívoco à lei: o juiz não aplica o texto legal, mas o sentido que este adquiriu após o processo hermenêutico. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

por juristas do quilate de Sergio Resende de Barros⁵³, para quem *“por princípio, são inconstitucionais os tratamentos que desigualam ou descartam a filiação afetiva em função da biológica ou vice-versa. Seja porque nascidos do afeto, seja porque nascidos sem o afeto, os filhos não podem sofrer, só por isso, nenhum detrimento. Em face desse princípio são inconstitucionais, pois, as regras vertidas no fim do ‘caput’ e no parágrafo único do art. 1601 do Código Civil de 2002, timbrando de imprescritível a ação do marido para impugnar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher e facultando aos herdeiros do impugnante a continuação da ação. Tais regras vêm premiar o pai negligente e seus herdeiros. Prestam-se ao vilipêndio da dignidade da mulher e à degradação da maternidade. Ignoram e desrespeitam a convivência familiar e comunitária. Enfim, constituem uma forma de discriminação, violência, crueldade e opressão baseada na superada distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Tudo, ao contrário dos princípios que – ‘com absoluta prioridade’ – a Constituição firma no ‘caput’ e no § 6º do art. 227. O que leva a uma só conclusão: não pode ser imprescritível esse direito de agir, nem incondicional o de prosseguir na ação”*.

Em socorro à desnecessidade de declaração judicial da nulidade do art. 1601 do Código Civil, Belmiro Pedro Welter⁵⁴ aduz não existir na Constituição de 1988 um só dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da socioafetiva (art. 227, §6º) ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais fidelidade aos fatos da biologia, com o

⁵³ “Direitos Humanos da Família: Principiais e Operacionais”. Texto da palestra proferida em 3 de dezembro de 2003, no II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/AM, realizado em Manaus, sob patrocínio da seccional do Amazonas do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e também no Curso de Direito de Família promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 25 de novembro de 2003, disponível em <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>, acesso em 08/06/2008.

⁵⁴ *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

que pode o juiz optar pelo critério genético ou socioafetivo de acordo com as particularidades da espécie, interpretando-se o dispositivo no sentido de que apenas autorizaria ao marido a indagação ilimitada no tempo e, destarte, “imprescritível”, da origem genética da prole advinda de sua esposa, mas não a automática desconstituição do vínculo de paternidade imposto por lei, o que ocorreria apenas quando, como visto, para além da inexistência de identidade consanguínea, tampouco houvera o estabelecimento de ligação afetiva entre contestante e contestado ou na presença de vício de vontade (erro essencial sobre a pessoa) atinente ao pretérito reconhecimento voluntário.

Preserva-se, destarte, o mandamento constitucional de não-discriminação entre filhos biológicos e socioafetivos (CF, art. 227, §6º), repetido pelo art. 1596 do Código Civil, em razão da inexistência de diferença de criação, educação e destinação de carinho a ambos, em consonância à previsão do art. 5º, *caput*, da Carta Magna, de proibição de tratamento desigual a quem vive em igualdade de condições, atendendo-se finalmente à tendência de “desencarnação” da família enquanto instituição cujo objetivo é a concretização da felicidade de seus componentes.

Na mesma esteira da insuficiência da exclusividade do critério biológico para a determinação da relação jurídica paternofilial, em face da qual não pode quedar indiferente o intérprete do art. 1601 do Código Civil, Rodrigo da Cunha Pereira defende que *“a simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais que uma*

*semelhança entre o DNA*⁵⁵, não destoando o ensinamento de Rolf Madaleno, para quem *“o parentesco não é somente um fato da natureza, e sim uma noção social que varia de cultura para cultura e, em verdade, qualquer adulto pode se converter em um pai psicológico, dependendo da qualidade da interação diária, porquanto o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental”*⁵⁶.

Assentada a premissa de que a relação de parentesco contém não apenas elementos biológicos, mas também afetivos e culturais, a despeito da ampla faculdade concedida ao marido (e, por analogia, também ao companheiro) pelo art. 1601 do Código Civil para perquirir, via ajuizamento de ação de estado e, portanto, imprescritível, a origem biológica dos filhos nascidos de sua esposa (ou companheira), jamais se poderá descurar da noção de socioafetividade eventualmente incidente, quando então o afeto gozará, a princípio, do mesmo valor jurídico atribuído ao critério biológico para fins de estabelecimento do conceito jurídico e cultural maior de paternidade, podendo perfeitamente suplantar a tirania do DNA acaso devidamente calibradas as especificidades da lide posta à análise, prestando-se a fundamentar eventual decreto de improcedência de pleito negatório desta última, a despeito da ausência de traço genético comum, acaso demonstrado vínculo afetivo não embasado em vício de vontade e do qual decorrerá a convicção social de relação paternofamiliar duradoura e estável.

Por via transversa, também ao genitor biológico será dado contestar a paternidade legal e presuntivamente imputada ao consorte da adúltera, requerendo a alteração do

⁵⁵ *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁵⁶ *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

vínculo jurídico em seu favor acaso comprove sua condição de ascendente genético e o pretérito desconhecimento da existência do rebento⁵⁷.

Do exposto, extrai-se que não viola o princípio da separação de poderes a atribuição pelo Judiciário ao art. 1601 do Código Civil de 2002 de interpretação conforme aos princípios constitucionais e direitos fundamentais da dignidade humana e da segurança jurídica, com o propósito de coadunar o seu texto à evolução e aos contornos plurais da família brasileira hodierna, não mais entendida como um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade ou um agrupamento de base predominantemente econômica, concepção sufragada por Clóvis Beviláqua⁵⁸ à luz dos valores vigentes à época da promulgação do Código de 1916, mas substituída por um núcleo mínimo de retaguarda e proteção de seus componentes contra as pressões externas de ordem política, econômica e social, fundado predominantemente no companheirismo e na afetividade de seus integrantes, a par de humanizada pela Constituição de 1988, que incentivou a prática da solidariedade, do amor, da alegria, da união, do respeito, da confiança e do projeto de vida em comum com o objetivo maior de permitir o pleno desenvolvimento pessoal de cada qual de seus integrantes, com base em conceitos plurais e democráticos, cediça a irretorquível advertência de João Baptista Villela⁵⁹ de que *“só a família fundada na aptidão para responder ao mistério do amor e comunicação que habita cada ser humano o pode livrar do vazio e da solidão”*.

⁵⁷ Hipótese mais adequada à incidência de dupla filiação, forte na tese fixada pelo Colendo Pretório Excelso, no julgamento do RE 898.060, de 22/09/2016, dotado de Repercussão Geral: *“a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*.

⁵⁸ *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 16.

⁵⁹ *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, v. 3, Série Monografias, n. 2, p. 40.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874