

**FAECA DOM BOSCO  
DE MONTE APRAZÍVEL**



**REVISTA JURÍDICA  
O SABER  
COMPLETAMENTE**

*ISSN 2179-7714 - Volume 1 - Revista nº 9 - Fevereiro/2019*

**REVISTA JURÍDICA - O SABER COMPLETAMENTE**

Publicação periódica Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprázivel e convidados.

**Presidente da Mantenedora:** Iracema Maria Ciconelli

**Diretor:** Prof. Vanderlei Pereira

**Coordenador Pedagógico:** Prof<sup>o</sup>. Me. João Angelo Segantin

**Coordenador do Curso de Direito:** Prof<sup>o</sup>. Me. Fernando Vidotti Favaron

**Coordenador da Revista Jurídica:** Prof<sup>o</sup>. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos

**Assistente da Coordenação da Revista Jurídica:** Prof<sup>o</sup>. Me. Rodolfo Souza Paulino

**Conselho Editorial:**

Presidente do Conselho Editorial: Prof<sup>o</sup>. Dr. Rubens Alexandre da Silva. Membros:

Prof<sup>o</sup>. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos

Prof<sup>o</sup>. Me. João Santa Terra Junior

Prof<sup>o</sup>. Me. Fernando Vidotti Favaron

**Revisão:**

Prof<sup>o</sup>. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos

Prof<sup>o</sup>. Me. Rodolfo Souza Paulino

Prof<sup>a</sup>. Me. José Carlos Damasceno

**ATENÇÃO:** Todos os artigos publicados nesta revista foram cedidos por seus autores. A Revista Jurídica FAECA Dom Bosco de Monte Aprázivel não se responsabiliza pelos conceitos emitidos pelos artigos assinados, sendo de inteira responsabilidade de seus autores.

## APRESENTAÇÃO

A Revista “*O Saber Completamente*” do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprazível está alicerçada na ideia de Ensino Integrado, tendo por objetivo a integração entre Ensino e Pesquisa, sobretudo ao se observar o Direito como fenômeno normativo e social.

Com a divulgação desta edição da Revista “*O Saber Completamente*”, a primeira de 2019, fica marcada uma significativa alteração na sua forma, pois a mesma passará a ser publicada de forma eletrônica, o que possibilitará uma ampla propagação de seu conteúdo, atingindo um número significativo de leitores pelo mundo afora.

Nesta primeira edição de 2019, os artigos submetidos pelos autores retratam temáticas variadas no mundo do Direito, desde temas sobre direitos fundamentais até o direito processual, mostrando-se como temáticas pertinentes ao estudo das ciências jurídicas.

A intenção demonstrada pelos coordenadores e pelo conselho editorial da revista é clara, propiciar ao leitor uma análise objetiva de um tema concreto de forma muito mais prática e rápida, podendo, a partir de agora, ser acessada diretamente pelo site da FAECA-DOM BOSCO de Monte Aprazível.

Desejo uma boa leitura a todos!

*O Editor*

**SUMÁRIO**

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS NOVOS DESAFIOS DA FAMÍLIA.....	07
Nilson de Paula Resende	
ASPECTOS GERAIS SOBRE O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....	13
Marcio Henrique Moraes	
A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL EM FACE DO PSICOPATA.....	22
Roberto Ribeiro de Almeida Ana Leticia de Lima Camuri	
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	37
Carlos Henrique Mallmann Daisy Carla Poncio	
DIREITOS FUNDAMENTAIS: HISTORICIDADE, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO.....	56
Mayrton Pereira Marinho	
O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A EDUCAÇÃO COMO PROMOTORA DE LIBERDADE E IGUALDADE.....	78
Marcelo de Oliveira Burgati	
TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	90
José Vicente Godoi Junior	
O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	105
Angel Rafael Marino Castellanos	

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os artigos Jurídicos encaminhados para apreciação do Conselho Editorial e do Editor da Revista Jurídica deverão seguir as seguintes regras metodológicas:

- a) O trabalho científico deverá ser inédito, ou seja, não poderá ter tido parte ou totalidade de seu conteúdo publicado em livros, revistas, jornais, sítios da Internet, etc;
- b) Deverá ser escrito em Folha A4, com margem superior e esquerda de 3 cm e margens inferior e direita de 2 cm;
- c) Deverá ser escrito com letra Times New Roman número 12 e espaçamento entre linhas de 1,5;
- d) Deverá ter no mínimo 7 (sete) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas. Serão aceitos artigos maiores, desde que devidamente justificada a necessidade do excesso;
- e) Os artigos deverão versar preferencialmente sobre algum fato relevante da área jurídica ou do Ensino Superior;
- f) O autor deverá apresentar um breve resumo para ser colocado no início do artigo e palavras chaves que identifiquem seu conteúdo;
- g) O artigo deverá estar obrigatoriamente acompanhado das referências bibliográficas que serviram de suporte para a pesquisa de seu autor;
- h) Deverá ainda apresentar um breve apanhado de sua vida profissional e acadêmica que será publicado junto ao artigo;
- i) Os assuntos, conceitos, discussões, dados apresentados, etc, serão de inteira responsabilidade do autor do artigo que assume total responsabilidade perante nossa legislação de Direitos Autorais e principalmente a legislação criminal.**
- j) O artigo poderá ser escrito por professores, alunos ou qualquer outra pessoa que queira colaborar com a revista. Serão aceitos artigos em co-autoria.**
- k) Os artigos deverão ser enviados para o e-mail [rjdombosco@bol.com.br](mailto:rjdombosco@bol.com.br).**

## A Constituição Federal e os novos desafios da Família

*Nilson de Paula Resende<sup>1</sup>*

### Introdução

Este artigo tem como intenção de discorrer “a Constituição Federal e os novos desafios da família”. Não é nosso interesse de esgotar este tema de grande relevância na “Constituição da República Federativa do Brasil”<sup>2</sup>, nos artigos 226-230, promulgada em 05 de outubro de 1988. A Constituição, nestes artigos, contempla a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. Ela é a primeira guardiã dos princípios da igualdade e da dignidade para todos os brasileiros. Perguntamos: Como a Constituição pode resguardar a família e seus membros nas diversas etapas de vida? Como responder aos novos desafios que constantemente chegam à porta do homem pós-moderno? Como as novas reflexões e mudanças sociais atacam e desafia a instituição familiar? O que fazer? A Constituição, para ser colocada em prática e responder aos novos desafios, de defender e de proteger a família, constituiu, por exemplo, o Direito de Família, o Estatuto da Criança e Adolescente e o Estatuto do Idoso, etc.

Faremos uma análise da Constituição que defende e protege a instituição familiar, como também, de apresentar os novos desafios dentro do processo histórico, buscando não visão pessimista, da família ou da sociedade brasileira.

### Definição

A atual Constituição define a família como a “base da sociedade”<sup>3</sup>. Já o dicionário de língua portuguesa define família “como o conjunto de pessoas aparentadas que vivem, geralmente na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos (família elementar/nuclear), os consanguíneos, ou ainda aquela que é formada pela associação de duas ou mais famílias elementares - família estendida”<sup>4</sup>.

O conceito de família vem sendo alterado e reconstruído ao longo do tempo. Pode se definir família como *um grupo de pessoas vivendo numa estrutura hierarquizada que convive com a proposta de uma adjetiva duradoura incluindo uma relação de cuidados entre os adultos e deles para com as crianças e idosos que aparecem neste contexto*. Geralmente o papel da família é prestar cuidados aos fragilizados, isso insere-se no âmbito dos valores culturais, que norteiam o curso de vida social e individual<sup>5</sup>.

Enfim, diante dessas definições, vemos que não é tarefa fácil apresentar uma descrição ou definição de “família” que possa englobar todos os seus aspectos<sup>6</sup>.

---

1 Nilson de Paula Resende é Doutor em Teologia Moral (Academia Alfonsiana - Roma), Mestre em Filosofia (Pontifícia Universidade Antoniano - Roma), Mestre em Teologia Moral (Academia Alfonsiana - Roma) e Professor na FAECA.

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, art. 226-230.

3 Idem. art. 226.

4 FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Miniaurélio Século XXI Escolar: O mini-dicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Bairde Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. ed. revisão ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 312.

5 Cf. GOMES, H.S.R. Um estudo sobre o significado da família. São Paulo: Cortez, 2002. p. 20.

6 Cf. GUIMARÃES, Almir Ribeiro. Quando o assunto é família: a perene atualidade do tema da família. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993. p. 09 (coleção Nossa Família).

## A Constituição de 1988

A Constituição, da atenção à família, como base da sociedade, por isso, o Estado deve protegê-la em todas as fases de sua composição, manutenção e até mesmos na dissolução. Vejamos na íntegra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (alterado pela EMENDA 66, DE 2010).

O moderno direito de família é regido por diversos princípios. Entre eles chama-nos atenção ao princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável apresentado pela Maria H. Diniz:

O fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é a *afeição* entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida, sendo a ruptura da união estável, separação (extrajudicial ou judicial) e o divórcio (...) uma decorrência da extinção da *affectio*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conviventes não pode ser mantida ou reconstituída<sup>7</sup>.

Quanto ao exercício da igualdade dos direitos e deveres do homem e da mulher, protegidos na atual Constituição no art. 226, § 5º, Maria H. Diniz explicita:

deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo cercear um o direito do outro<sup>8</sup>.

Esta mudança, da forma de viver em família, o princípio da igualdade recebe auxílios que ajudam a introduzi-lo no contexto familiar. A quebra do patriarcalismo e a liberdade da mulher permite uma relação mais próxima e integral dos cônjuges. Nesse espírito de companheirismo, não sobra espaço para qualquer diferenciação e discriminação aos direitos e deveres de ambos.

Sendo assim, estabelecido nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, fica de decisão livre do casal quanto ao planejamento familiar<sup>9</sup> e ao Estado se responsabiliza em oferecer e proporcionar “recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”<sup>10</sup>.

A família tem autonomia social suficientemente para assumir as responsabilidades institucionais, e a atitude do Estado em função da família está em garantir todos os meios necessários para que aquela comunidade menos de pessoas consiga viver potencialmente tudo aquilo que lhe cabe. Sobre esse tema Venosa nos ensina:

O direito da família, por sua natureza, apresenta características que o afasta dos demais ramos do

7 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito da família. 5 v., 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

8 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito da família... p. 35.

9 “O direito ao livre planejamento familiar consiste em uma escolha do indivíduo ou da entidade familiar, eleita a partir dos recursos e informações disponibilizados pelo próprio Estado. Um espaço de autonomia delegado pela ordem jurídica para que, os indivíduos que compõem possam desenvolver sua personalidade”. In RODRIGUES, Renata de Lima. Planejamento familiar e os limites para planejar a prole: o uso da biotecnologia e o aborto. Disponível em: <http://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>. (acesso em: 24 de abril de 2016).

10 CONSTITUIÇÃO, art. 226, § 7.

direito privado. A sociedade procura regular e tutelar a família da forma mais aceitável possível no tempo e no espaço. O Estado intervém na estrutura da família em prol da preservação da célula que o sustenta, em última análise<sup>11</sup>.

Portanto, a Constituição protege e consagra a família tanto aquela constituída no casamento, como a união de fato, a família adotiva e a família natural. Hoje, a família tem autonomia para desenvolver direitos e deveres dos seus membros, e ao mesmo tempo é tutelada pelo Estado para que seus imperativos sejam realmente levados ao bom termo. A família vive inserida em uma realidade concreta que influi, por vezes, decisivamente em sua vida e suas tarefas de acompanhar e formar e acompanhar crianças, adolescentes<sup>12</sup>, jovens e idosos<sup>13</sup>.

### Novos desafios

A Modernidade trouxe reflexões, transformações e mudanças na compreensão da sociedade e da família. De um lado, busca conservar o direito de família; de outro lado, como acolher as mudanças sem interferir na dignidade e na liberdade daquelas pessoas que fazem outras opções de vida? Reconhecendo o valor e a importância da Constituição, confrontando-a com os novos desafios da família, possibilitando novas reflexões e novas respostas. Dentre tantos desafios destacamos três pontos: desafios, mudanças e igualdade.

Primeiro, diante dos novos desafios e mudanças de valores, devemos reconhecer a família e assegurar o direito do casamento entre mulher e homem. Onde reina a igualdade, a responsabilidade, o compromisso, o respeito, o afeto, a tolerância, a solidariedade e aberto para o crescimento como pessoa humana.

Segundo, ainda que, a experiência da igualdade e da construção familiar seja um grande desafio social, este provocado por mudanças e por “fenômenos de construção histórico-política”, consideramos o que ensina Diniz:

É preciso que no seio da família haja uma renovação do amor e sucessivos recasamentos, para que ela possa manter-se, numa época como a atual, marcada pela disputa, pelo egoísmo e pelo desrespeito. A família continua e deve sobreviver feliz. Este é o desafio para o século XXI<sup>14</sup>.

Por isso, junto com as grandes crises que o mundo moderno convive, a família sobreviverá às transformações históricas e dos ataques de uma possível política que queira destruí-la. Pois, viver em família faz parte da própria antropologia e constituição da pessoa humana de viver na comunhão de vida, garantindo o desenvolvimento de cada membro da comunidade familiar.

Terceiro, a Constituição consagra princípios como igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, liberdade, responsabilidade e pluralidade. O princípio da pluralidade de entidades familiares, “prevalecendo a norma de indução, não mais de cogência, com relação à família legítima. Esses princípios

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito da família. 6 v., 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 25.

12 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Lei nº 8.069/1990.

13 Desejando caracterizar a extensão da Lei, o artigo 3.º, inciso I esclarece: “A Família, a Sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida”. In Cf. BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Política Nacional do Idoso. Brasília, DF: MS, 1994:1; ESTATUTO DO IDOSO, através da Lei 10.741/2003, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com sessenta anos ou mais; Para os acima de 80 anos, confira outras prioridades: ESTATUTO DO IDOSO ACIMA DE 80 ANOS que estabelece prioridades às pessoas com mais de 80 anos, Lei Nº 13.466, de 12 de Julho de 2017.

14 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito da família, p. 40.

rompem a estrutura da família patriarcal e inauguram um modo de adequação mais consequente do direito à realidade social.<sup>15</sup>”

Quando pensamos em família, adverte Maria B. Dias, pensamos em “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos”. Esta realidade se modificou com o surgimento de novos modelos de famílias. Ela explica:

O pluralismo das relações familiares – outra vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família<sup>17</sup>.

Se no passado o casamento era o marco da unidade familiar, sob o aspecto jurídico e social, agora, predomina o sentimento e o vínculo afetivo<sup>18</sup>. Igualmente, não mais se restringe aos paradigmas de casamento, sexo e procriação, a afetividade passa ser o artifício marcante e essencial da união familiar, favorece a estabilidade nas relações sociais, como também, possibilita uma evolução da Família<sup>19</sup>. Assim, além do casamento como tal, também existe hoje a União Estável compreendido como a “união pública, contínua e duradoura de Homem e Mulher com o fim de constituir Família; e por decisão do Supremo Tribunal Federal, a união pública, contínua e duradoura de pessoas do mesmo sexo (homoafetiva). Descrevem os artigos 1.723 ao 1.727, todos do Código Civil<sup>20</sup>.”

## Conclusão

Refletir a questão familiar é uma tarefa árdua e complexa. Pois a sociedade contemporânea pensa e estabelece o vínculo conjugal, não com valores definidos, mas com valores livres, subjetivos e elásticos.

Também, com os novos significados e reconfigurações, a instituição familiar - constituída pelo casamento entre um homem e uma mulher - ou até mesmos, pela união estável, não está superada e ela continua meio para a formação de uma comunidade de pessoas unidas pelo afeto, ela continua como caminho seguro para a formação de um Estado que se fundamenta em fatores fundamentais para ao bem de cada pessoa.

Sem excluir o surgimento de convivência estável pela união homoafetiva, o casamento entre homem e mulher não está como segunda opção como algo do passado, mas permanece como instituição originária do casamento.

15 ESTADO DE MINASas. Família em mutação (final). In <http://www.gontijofamilia.adv.br/familia-em-mutacao-final/>. (acesso: 19 de maio de 2016).

16 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2007, p. 38.

17 Idem, p. 39.

18 Cf., Idem, p. 40.

19 Cf., LÔBO, Paulo Luiz Neto. “A Repersonalização das Relações de Família”. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

20 UNIÃO ESTÁVEL (Artigo 1.724 ao 1.727, do Código Civil): “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” In [http://www.piritubanos.com.br/novo/index.php?option=com\\_content&view=article&id=80&Itemid=75&showall=1](http://www.piritubanos.com.br/novo/index.php?option=com_content&view=article&id=80&Itemid=75&showall=1). (acesso: 16 de maio de 2016).

A Constituição contempla todos os membros da instituição familiar, como primeira guardadora do princípio da igualdade de todos os brasileiros. Por isso, instituição familiar satisfaz a necessidade do homem de viver em sociedade, mesmo quando a família é reconstruída pelo segundo casamento. Ela possibilita a formação para a cidadania e na vivência igualitária favorecendo o crescimento dos seus indivíduos integrados na sociedade.

Pela importância da Instituição Familiar, tanto no casamento, como na separação e no divórcio, poderiam aplicar o princípio da solidariedade numa ética de acompanhamento pelo Estado.

Portanto, a compreensão de família deve ser multidisciplinar com o direito, na psicologia, na sociologia, na religião, na história, na antropologia, na filosofia, etc. O Direito de família deve estar alicerçado em princípios capazes de sustentar os novos valores emergentes, os quais são direcionados, principalmente, à realização da pessoa humana, da sua afetividade em toda a sua totalidade. O direito de família traz influência de ideias religiosas e morais, quando visto pela perspectiva individual e subjetiva de natureza personalista.

## **Bibliografia**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Política Nacional do Idoso. Brasília, DF: MS, 1994:1).

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. 5 v., 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIREITO DAS FAMÍLIAS, Lumem Juris Editora, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, 2ª Edição, 2010.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Miniaurélio Século XXI Escolar: O mini-dicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Bairde Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. ed. revisão ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GOMES, H.S.R. Um estudo sobre o significado da família. São Paulo: Cortez, 2002.

GUIMARÃES, Almir Ribeiro. Quando o assunto é família: a perene atualidade do tema da família. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. "A Repersonalização das Relações de Família". In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil: direito da família. 6 vol. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito da família. 6 vol. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<http://www.gontijo-familia.adv.br/familia-em-mutacao-final/> (acesso: 16 de maio de 2016).

<http://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-ap-role-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>. (acesso: 24 de abril de 2016).

[http://www.piritubanos.com.br/novo/index.php?option=com\\_content&view=article&id=80&Itemid=75&showall=1](http://www.piritubanos.com.br/novo/index.php?option=com_content&view=article&id=80&Itemid=75&showall=1). (acesso: 16 de maio de 2016).

<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI261937,11049-Lei+altera+Estatuto+do+Idoso+e+da+prioridades+aos+maiores+de+80+anos>. (acesso: 05 de fevereiro de 2019).

## ASPECTOS GERAIS SOBRE O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

Marcio Henrique Moraes<sup>1</sup>

### Resumo

Este artigo apresenta um breve estudo sobre a reconhecimento da paternidade, abrangendo a filiação na perspectiva civil e constitucional, seus aspectos práticos, o reconhecimento voluntário, a ação de investigação de paternidade e a negatória de paternidade.

**Palavras-chave:** Reconhecimento de paternidade, filiação, Registro Civil, aspectos práticos. Investigação e negatória de paternidade

### Abstract

This article presents a study on aa membership in civil and constitutional perspective, covering the recognition of paternity, its practical aspects and the role of the Civil Registry of Natural Persons, volunteer recognition, the action of paternity, and paternity negatoria.

Keywords: Recognition of paternity, filiation, Civil registry, practicalities. Research and negatoria paternity

### Introdução

Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, sendo que a mais importante relação de parentesco, é a que se estabelece ente pais e filhos.

Em sentido estrito, *filiação* é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação *propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade ou maternidade*.

Em linguagem jurídica, todavia, às vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade”.

É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável” consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, § 2º.

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima, ilegítima, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Naquela época, dada a variedade de conseqüências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade.

*Filhos legítimos* eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se *ilegítimos* e se classificavam, por sua vez, em *naturais e*

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Unirp-Centro Universitário de Rio Preto – Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela mesma instituição. – Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do Município de Macedônia-SP.

*espúrios*<sup>2</sup>.

*Naturais*, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã<sup>3</sup>.

O Código Civil de 1916 dedicava ainda um capítulo à *legitimação*, como um dos efeitos do casamento. Tinha este condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias.

Dizia o art. 352 do aludido diploma que “os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”.

Hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações. O princípio da igualdade dos filhos é reiterado no art. 1.596 do Código Civil, que enfatiza: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

## 1. DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL

Salienta-se, que nem a Constituição, nem o Código Civil definem expressamente o que seja filiação. Todavia, nas palavras de Orlando Gomes<sup>4</sup>, podemos defini-la, de maneira simples, como o vínculo jurídico que une o pai a um filho. Ou seja, é a relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado. Trata-se, pois, do mais importante parentesco.

O direito de filiação foi positivado no Art. 227, § 6º da Lei Maior, que consagra a igualdade jurídica entre os filhos, senão vejamos:

*CF - Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Quanto à pessoa dos filhos, é digna de louvor a determinação constitucional no sentido de que, havidos ou não dentro do casamento, ou por adoção, terão eles os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Neste tocante citamos José Afonso da Silva<sup>5</sup>, ao aduzir que Art. 227, §6º, inovou as regras

2 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002). São Paulo, Saraiva, 2002. v. 5: direito de família.

3 Ob. Cit.

4 GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

5 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

de filiação, reconhecendo a igualdade de direitos e qualificações para os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo assim qualquer tipo de designações discriminatórias a ela relativas, banindo da legislação civil expressões como filhos legítimos, naturais, adotados, adulterinos ou incestuosos.

O Supremo Tribunal Federal já tem pacificado em suas decisões que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, com absoluta prioridade, o direito a dignidade, ao respeito e a convivência familiar. Daí ser vedada, de forma expressa, a discriminação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, e o reconhecimento de ser direito legítimo a criança saber a verdade a respeito de sua paternidade, decorrência lógica do direito a filiação. (CF - Arts. 226, §§. 3º, 4º, 5º, 7º; 227, §6º) (RE. 248.869, voto do min. Mauricio Correa, julgamento: 07.08.03, DJ: 12.03.04).

Respeitando a ordem constitucional, o código civil também consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito de família. Diante da Lei Fundamental, o legislador ordinário reproduziu normal legal que repete a norma constitucional garantidora de tal direito no Art. 1596 do Código Civil de 2002.

Procurando se adaptar aos novos reclamos da sociedade e aos dispositivos constitucionais, o código civil de 2002 incluiu modificações importantes no direito da filiação. Inovou de tal maneira o legislador civil, que permitiu o reconhecimento da filiação antes mesmo do nascimento do filho ou ainda após o seu falecimento, se ele tiver deixado descendentes, como prevê o parágrafo único do artigo 1.609.

Trata-se de direito indisponível, inalienável, imprescritível e irrenunciável. O estado de filiação decorre de um fato, o nascimento, ou de um ato jurídico, a adoção. Do estado de filiação, decorre a paternidade, independente de ser biológica ou afetiva.

Ressalte-se, que para se determinar a filiação biológica da criança deve-se voltar ao momento de sua concepção, e não do seu nascimento. Todavia, cumpre lembrar que o moderno direito de família prioriza a relação afetiva para o estabelecimento do vínculo de filiação.

Pode-se dizer que no moderno direito de filiação, o formato tradicional de família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, sendo o traço fundamental a lealdade e a afetividade.

Não se pode olvidar que o vínculo da filiação atribui aos pais o poder familiar, com os direitos e deveres que ele comporta. Trata-se do poder-dever de criar e educar os filhos, mantendo-os sob sua guarda e proteção, consequência necessária do princípio da paternidade responsável.

Vale ressaltar que o poder familiar, ou autoridade parental, é exercido por ambos os pais, em igualdades de condições, sem prevalência do pai sobre a mãe, devendo ser exercido em conjunto pelos dois, prevalecendo o interesse do filho, tudo por que a igualdade é princípio constitucional trasladado ao direito de família<sup>6</sup>.

Cumprido por fim salientar, que o direito de filiação está intimamente ligado ao princípio da paternidade responsável, consagrado pelo Texto Maior no Art. 226, §7º, que trazemos a baila:

*226, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

A paternidade responsável que é, nos dizeres de José Afonso da Silva<sup>7</sup>, aquela consciente, não animalasca. Para o autor, é no princípio da dignidade da pessoa humana, atrelado ao da paternidade responsável que se fundamenta o planejamento familiar, admitido como de livre decisão do casal, livre de ingerências estatais.

Por fim, que a proteção à família e à igualdade não derivaria apenas da Constituição Federal ou do Código Civil, haja vista que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário desde 1991, já determinava que os Estados devem adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição<sup>8</sup>.

## **2. Reconhecimento de paternidade**

### **2.1 Filhos havidos na constância do casamento**

A filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617).

Assim, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua própria concepção; logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção. Todavia, como veremos a seguir, pode ocorrer que o filho seja concebido antes e nascido depois da celebração do casamento, sem que por isso deixe a filiação de ser matrimonial.

Com relação aos filhos nascidos na constância do matrimônio, ocorre uma ficção legal, na qual a paternidade é presumida. Isto advém da sistemática do Código Civil, que dispõe no art. 1.597:

*Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência*

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito de constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

7 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito de constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

*conjugal;*

*II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Entretanto, cabe destacar que a presunção da paternidade, nos casos acima elencados, é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601). Firma o Código a presunção de que é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido. Pai, até prova em contrário por ele próprio, produzida, é o marido.

Os filhos havidos fora dos períodos legais não são atingidos pela presunção firmada pelo art.1.597.

Cabe aqui ressaltar que o art. 1.598 do Código Civil de 2002 veio resolver a questão da dupla paternidade presumida, até então existente. Assim:

*Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.*

Suponha-se a seguinte hipótese: viúva, após sessenta dias do falecimento de seu marido, ingressa em novas núpcias. Nascido filho duzentos dias após o seu casamento, pelo regime do Código de 1916 a criança teria dois pais. O falecido, pois nascida nos trezentos dias seguintes ao seu falecimento (art.338, II) e o novo marido, uma vez havida nos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal (art.338, I). Resolve o novo Código essa questão, indicando, no caso exemplificado, apenas o falecido como pai presumido, ressalvada, como expresso no texto, a prova em contrário.

Cabe ainda ressaltar que o filho será matrimonial se veio à luz após a dissolução ou anulação do casamento, mas tendo sido concebido durante este, ou se foi concebido antes de celebrado o ato nupcial, apesar de ter nascido durante o casamento. Assim sendo, a filiação matrimonial é a concebida na constância do matrimônio, seja ele válido, nulo ou anulável, ou, em certos casos, antes da celebração do casamento, porém nascida durante a sua vigência, por reconhecimento dos pais (CC, art. 1.609, I).

Com relação à maternidade, até a pouco, não havia qualquer problema, haja vista que era facilmente demonstrada pelas inequívocas figuras da gravidez e do parto. No entanto, com o avanço científico, principalmente pela chamada “barriga de aluguel”, a questão da maternidade passou a ser alvo de indagações.

A paternidade, por sua vez, segue a regra jurídica de que *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*<sup>9</sup>. Contudo, esta presunção legal é meramente relativa, podendo, portanto, ser afastada.

<sup>9</sup> Significado: É pai aquele que as núpcias indicam - <[www.dicionariodelatim.com.br](http://www.dicionariodelatim.com.br)> consulta em 03/11/2014.

A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, afasta a presunção de paternidade. O mesmo não ocorre com o adultério, pois ainda que este seja confessado, não basta para ilidir tal presunção.

A confissão materna também não é suficiente para excluir a paternidade.

Por fim, vale salientar que o direito do marido contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher é imprescritível, podendo tal ação, uma vez contestada, prosseguir com seus herdeiros, caso venha aquele a falecer. Aqui cabe ressaltar que o Código Civil de 1916 previa prazos decadenciais. O atual Código Civil vigente tornou os prazos imprescritíveis.

## 2.2. Ação negatória de paternidade e de maternidade

A presunção de paternidade não é *juris et de jure* ou absoluta, mas *juris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidi-la, provando o contrário. Essa ação negatória de paternidade é de ordem pessoal, sendo privativa do marido, pois só ele tem *legitimatío ad causam* para propô-la (CC, art. 1.601, caput) a qualquer tempo; mas se, porventura, falecer na pendência da lide, a seus herdeiros será lícito continuá-la (CC, art. 1.601, parágrafo único). Contudo, o marido não pode contestar a paternidade ao seu alvedrio; terá de mover ação judicial, provando uma das circunstâncias taxativamente enumeradas em lei (CC, arts. 1.599, 1.600, 1.602 e 1.597, V, *in fine*), ou seja:

a) que houve adultério, visto que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais dos 300 que precederam ao nascimento do filho. P. ex., porque se encontrava: separado judicialmente, não tendo convivido um só dia sob o teto conjugal, hotel ou em casa de terceiro, daí a impossibilidade de ter havido qualquer relação sexual entre eles; ou longe de sua mulher, servindo nas forças armadas, em época de guerra;

b) que não havia possibilidade de inseminação artificial homóloga, nem de fertilização *in vitro*, visto que não doou sêmen para isso (CC, art. 1.597, III e IV), ou heteróloga, já que não havia dado autorização ou que ela se dera por vício de consentimento (CC, art. 1.597, V);

c) que se encontra acometido de doença grave, que impede as relações sexuais, por ter ocasionado impotência *coeundi* absoluta ou que acarretou impotência *generandi* absoluta (CC, art. 1.599).

Pelo art. 1.600 do Código Civil, “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para elidir a presunção legal da paternidade”, porque, não obstante, o filho pode ser do marido, não sendo cabível recusar-lhe a paternidade com base em dúvidas. Entretanto, a alegação de adultério pode servir como prova complementar na ação negatória de paternidade. Nem mesmo a confissão materna de seu adultério constitui prova contra a paternidade de seu filho (CC, art. 1.602), porque pode ser fruto de alguma vingança, desespero ou ódio.

Orlando Gomes<sup>10</sup> nos ensina que “a ação de contestação de paternidade é proposta contra o filho, e, como é menor, não podendo ser representado pelo próprio autor, que seria seu representante legal, o juiz da causa nomeia um curador *ad hoc*, cuja intervenção não se dispensa por oficiar, no feito, o

10 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

Ministério Público”. A mãe, embora não seja parte na lide, poderá intervir para assistir o filho. A sentença proferida deverá ser averbada à margem do registro de nascimento (Lei n.º 6.015/73, art. 29, § 1.º, *b*) para competente ratificação; sendo oponível *erga omnes*, produz efeito em relação aos outros membros da família.

Com a vigência do novo Código Civil não há mais prazo decadencial para o exercício do direito de contestar a paternidade, pois pelo art. 1.601, *in fine*, essa ação é imprescritível.

A paternidade jurídica é imposta por presunção (CC, art. 1.597, I a V), pouco importando se o marido é ou não responsável pela gestação, despreza-se a verdade real para atender à necessidade de estabilização social e de proteção ao direito à filiação, mas se outorga ao pai o direito de propor a negatória, havendo suspeito de que o filho não é seu, a qualquer tempo, ou após o exame de DNA, segundo alguns julgados.

A mãe, por sua vez, somente poderá contestar a maternidade constante do termo de nascimento do filho se provar a falsidade desse termo ou das declarações nele contidas (CC, art. 1.608).

Na ação de contestação de paternidade ou de maternidade não se pretende, convém ressaltar, descaracterizar a legitimidade da prole, porque não há mais tal discriminação, mas sim impugnar o vínculo de paternidade ou de maternidade, ou melhor, de filiação.

### **2.3 Filhos havidos fora do casamento**

O reconhecimento é o recurso pelo qual se valem os filhos nascidos de relações não amparadas pelo casamento civil, haja vista que estes não são amparados pela presunção legal de paternidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo orientação traçada pela Constituição Federal de 1988, firmou em seu art. 26, de modo inequívoco que: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou qualquer outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

Portanto, conclui-se que o direito brasileiro, atualmente, permite, de forma ampla e irrestrita, o reconhecimento de filhos, quer voluntário, quer judicial.

## **3. Reconhecimento voluntário**

### **3.1 Aspectos gerais**

O reconhecimento voluntário ou perfilhação pode ser definido como o ato pelo qual o pai ou a mãe assume, observadas as formalidades legais, a paternidade ou a maternidade de filho havido fora do casamento, passando a relação biológica a constituir também relação jurídica, gerando efeitos no campo do direito. A legislação brasileira permite o reconhecimento antes mesmo do nascimento, ou após a morte do filho, caso deixe descendentes. Por se tratar de direito indisponível da pessoa, relativo à filiação,

não pode ser objeto de transação ou renúncia. O ato de reconhecimento é também imprescritível, podendo ser praticado a qualquer tempo<sup>11</sup>.

É ato declaratório, porque temos a demonstração da filiação. O que se tem, por parte do pai, é apenas uma declaração de que gerou o filho. Por isto, o reconhecimento retroage à data do nascimento ou até mesmo da concepção do reconhecido. Há que se destacar que é uma conseqüência lógica, haja vista que a filiação existia mesmo antes do reconhecimento.

A perfilhação é ato puro e simples, que não admite prazo, condição ou qualquer outra modalidade que vise restringir o ato de reconhecimento.

Incidindo sobre filho maior ou emancipado, o reconhecimento dependerá de sua aceitação. Ao filho menor, fica reservado o direito de impugnar o reconhecimento, por meio de ação específica, no prazo de quatro anos, contados do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.

Por fim, o reconhecimento é irrevogável e não pode ser contestado, mesmo quando feito por testamento.

Havendo defeito ou vício no ato de reconhecimento, é possível sua impugnação por meio de ação. A mesma também será possível quando a perfilhação não corresponder à verdade biológica, pois embora formalmente consolidada não reflete a realidade.

### 3.2 Provimento nº 16 do Conselho Nacional de Justiça

O Provimento nº 16 editado pelo Conselho Nacional de Justiça em 17 de Fevereiro de 2012 criou um grande facilitador para os filhos maiores que desejam indicar seus pais e às pessoas que pretendam reconhecer espontaneamente seus filhos.

O referido provimento, no caso de menor que tenha sido registrado apenas com a maternidade estabelecida, sem obtenção, à época, do reconhecimento de paternidade pelo procedimento descrito no art. 2º, caput, da Lei nº 8.560/92, este deverá ser observado, a qualquer tempo, sempre que, durante a menoridade do filho, a mãe comparecer pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais e apontar o suposto pai. Cumpre salientar que poderá se valer de igual faculdade o filho maior, comparecendo pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais.

Nesse caso o Oficial providenciará o preenchimento de termo, do qual constarão os dados fornecidos pela mãe ou pelo filho maior, e colherá sua assinatura, firmando-o também e zelando pela obtenção do maior número possível de elementos para identificação do genitor, especialmente nome, profissão (se conhecida) e endereço.

Uma das grandes facilidades do provimento, diga-se de passagem, é que para indicar o suposto pai, com preenchimento e assinatura do citado termo, a pessoa interessada poderá, facultativamente, comparecer a Ofício de Registro de Pessoas Naturais diverso daquele em que realizado o

---

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Paternidade e sua prova**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 71, 1995

registro de nascimento, devendo, no caso em tela, ser apresentada, obrigatoriamente, ao Oficial, que conferirá sua autenticidade, a certidão de nascimento do filho a ser reconhecido, anexando-se cópia ao termo. Mas, na hipótese do registro de nascimento houver sido realizado na própria serventia, o registrador expedirá nova certidão e a anexará ao termo.

### Considerações Finais

Nessa seara o provimento 16 trouxe grande conquista para a sociedade, pois a averbação do reconhecimento de filho ficou ao alcance da população, por sua forma celere, simplificada e concentrada no Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais em que lavrado o assento de nascimento, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial, mas dependerá de anuência escrita do filho maior, ou, se menor, da mãe. Na falta da mãe do menor, ou impossibilidade de manifestação válida desta ou do filho maior, o caso será apresentado ao Juiz competente.

Por outro lado, se o suposto pai não se manifestar ou negar a paternidade, o juiz então encaminhará os autos para o Ministério Público para seja iniciada ação judicial de investigação.

### Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002). São Paulo, Saraiva, 2002. v. 5: direito de família.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Paternidade e sua prova**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 71, 1995.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso completo de direito civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito de constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo:

Malheiros, 2000.

## A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL EM FACE DO PSICOPATA

*Roberto Ribeiro de Almeida<sup>1</sup>*

*Ana Leticia de Lima Camuri<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade traçar um breve percurso da construção do sujeito figura que sofre de transtorno de personalidade antissocial ou também conhecido como psicopata, articulando saberes da Psicologia Jurídica e o Direito Penal como o objetivo de demonstrar como o nosso ordenamento não possui institutos que proporcionem uma resposta jurídica adequada para esses sujeitos, vez que os operadores jurídicos não se conseguem apurar qual se ele deverá ser tratado como um imputável ou como semi-imputável. Sabe-se que, uma vez, reinserido na sociedade a reincidência em crimes violentos e com requintes de crueldades, é altíssimo. O estudo utilizou a metodologia de pesquisa bibliográfica existente, com a busca de dados que evidencie a necessidade de punição do indivíduo psicopata.

**PALAVRAS – CHAVES:** Transtorno de Personalidade Antissocial. Psicopata. Imputabilidade. Reincidência.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to outline a brief history of the construction of the subject who suffers from an antisocial personality disorder or also known as psychopath, articulating knowledge of Legal Psychology and Criminal Law as the objective of demonstrating how our order does not have institutes that provide an adequate legal response for these subjects, since legal operators can not determine whether it should be treated as an imputable or semi-attributable. It is known that, once reinserted in society the recidivism in violent crimes and with exquisite cruelties, is very high. The study used the methodology of existing bibliographic research, with the search for data that evidences the need for punishment of the psychopathic individual.

**KEYWORDS:** Antisocial Personality Disorder. Psycho. Imputability. Recidivism.

## INTRODUÇÃO

A literatura a respeito do tema indica o sujeito dito psicopata não assimila às punições sofridas, assim, num primeiro momento, o tempo que estão em cárcere só neutraliza a suas práticas criminosas e, assim que são colocados em liberdade e reinseridos na sociedade, voltam a reincidir colocando em risco a

---

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia pela PUC-SP, é Advogado Criminalista e professor de Direito Penal, Filosofia e Psicologia Jurídica no curso de graduação em Direito. FAECA (Faculdade de Educação, Ciência e Artes Dom Bosco).

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito. FAECA (Faculdade de Educação, Ciência e Artes Dom Bosco).

vida harmônica e sadia das pessoas de bem.

Diante de diversas opiniões distintas e muitas controvérsias, surgem questionamentos a respeito da forma em que punidos esses indivíduos psicopatas e qual a melhor maneira de prevenir que os crimes praticados por ele ocorram, pois apresentam alta periculosidade.

A problemática do caso em tela, “A Ineficácia do Direito Penal em face do Psicopata”, tem com objetivo demonstrar a interface entre a psicologia e o Direito Penal e qual a resposta cabível a ser oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro para os crimes cometidos pelo indivíduo com transtorno de personalidade antissocial, bem como, a descrição dessa patologia e sua imputabilidade, inimputabilidade, semi-imputabilidade e quais espécies de pena que será imposta.

Através de uma breve história da classificação dos transtornos de personalidade antissocial e sua interface com os fatores biológicos e sociais será estudado as opiniões dos especialistas e a comprovação dessa anomalia na genética.

Também será analisada a culpabilidade sendo terceiro elemento do conceito analítico de crime, bem como, as diferenciações entre a imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade e os requisitos necessários para identificar o psicopata no âmbito do Direito Penal.

E ao final, a questão da punibilidade no Brasil para os psicopatas, com suas problemáticas para o sistema penal brasileiro.

### **1. O início dos estudos em psiquiatria**

A Psiquiatria surgiu em 1793 com o médico francês Philippi Pinel e inspirou, basicamente, a psicologia clínica e a psicopatologia pelo fato de lidarem com o mesmo objeto: as doenças mentais. Salienta Carla Pinheiro que “Muito das teorias psicológicas ligadas às doenças mentais baseou-se em conceitos próprios da psiquiatria<sup>3</sup>.”

Os fenômenos mentais abordados na psiquiatria destacam-se com a figura de Francis Galton que, ao defender a conceituação frenológica, admiti que a índole e as funções intelectuais relacionam-se com o tamanho do crânio. Conseqüentemente, crânios grandes, pequenos, ou deformados esclareceriam o comportamento inadequado de um indivíduo<sup>4</sup>.

Da mesma forma, a “antropologia criminal” do médico italiano, Césare Lombroso, sustentava que a delinquência era um fator hereditário, pois seria possível reconhecer as características físicas de um indivíduo criminoso<sup>5</sup>.

Jean-Étienne Esquirol, médico psiquiatra francês, criou a chamada concepção “médico moral”, essa conceituação prezava, em síntese, “que o comportamento criminoso, nada mais seria do que, uma expressão do comportamento do doente mental”. Dessa maneira, a conexão da psiquiatria e direito surgiu da necessidade de interpretar o sujeito quanto a sua capacidade e autonomia de entender e se autodeterminar (capacidade de controle dos desejos e impulsos), isto é, de ser responsabilizado pelos próprios atos<sup>6</sup>.

---

3 Ibidem. p. 40.

4 Ibidem. p. 40.

5 Ibidem. p. 40.

6 Ibidem. p. 41.

Passado por esse sucinto resgate histórico, passamos a analisar as primeiras concepções de psicopatia.

## 2. Transtorno de personalidade antissocial: Os vários conceitos de psicopata.

O transtorno de personalidade antissocial também é denominado como psicopatia, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático e transtorno dissocial. Há diversas nomenclaturas, pois a ciência ainda não chegou a conclusões definitivas sobre suas origens, evolução e tratamento<sup>7</sup>.

Existem alguns pesquisadores e autores que utilizam o termo sociopata, pois acreditam que fatores sociais desfavoráveis que seriam o causador dos problemas. Já, outras correntes adotam o termo psicopata, um vez que, acreditam que os fatores psicológicos, biológicos e genéticos estão envolvidos na origem do transtorno<sup>8</sup>.

O nome psicopatia foi criado por Kraepelin (1856-1925) em 1904, o qual afirmava que “possuem personalidade psicopática aqueles que não se adaptam a sociedade e sentem necessidade de ser diferentes<sup>9</sup>”.

Na atualidade, a Associação de Psiquiatria Americana (DSM IV) traz o conceito da seguinte forma:

301.7 Transtornos de personalidade Antissocial: Característica essencial: padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na idade adulta. Sinônimo: psicopatia, sociopatia ou transtorno de personalidade dissocial<sup>10</sup>.

Por sua vez, Organização Mundial de Saúde (CID- 10) define o termo como transtorno de Personalidade Dissocial. Como não tem um consenso entre as instituições e há divergência na nomenclatura, uma coisa é certa, ambas as terminologias definem as características de um perfil transgressor. A diferença entre elas aparece na intensidade e manifestações dos sintomas<sup>11</sup>.

Segundo a (DSN IV) classificação norte-americana de transtorno mental, aponta algumas peculiaridades: que, geralmente, o transtorno de personalidade antissocial ou psicopatia tem maior prevalência nos homens estimando-se que cerca 3% e nas mulheres é bem reduzido cerca de 1%, dados esses coletados em amostras comunitárias<sup>12</sup>.

Quando pensamos em pessoas que são acometidos por essa espécie de transtorno, logo imaginamos um indivíduo com aparência mal cuidada, cara de mau, uma pessoa violenta e com desvio de comportamento. Porém, isso é um grande engano! Eles são atores da vida real e representam muitíssimo bem e o seu único objetivo é atingir o seu próprio interesse<sup>13</sup>.

7 PINHEIRO, CARLA. **Psicologia Jurídica**. -3. ed. – São Paulo. Saraiva. ( Coleção direito vivo/ coordenação José Fabio Rodrigues Maciel). 2017, p. 93.

8 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016, p. 38.

9 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. **Psicologia Jurídica**. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 99.

10 Ibidem. p. 99.

11 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. op. cit. p. 38.

12 Ibidem. p. 56.

13 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016, p. 18.

Por serem inteligentes e terem o poder de convencimento, não costumam levantar suspeita que revela quem são realmente. Podem estar entre nós, como bons amigos, religiosos, políticos, chefes tiranos, pedófilos, líderes natos da maldade. São criaturas egocêntricas, em busca do poder e prestígio<sup>14</sup>.

Esses indivíduos maléficos e argilosos encontram campo fértil nas organizações criminosas, no tráfico de drogas, geralmente, são líderes carismáticos na política e na religião. Mentem com muita tranquilidade, e para eles a vítima não passa de uma “otária” que merece ser manipulada<sup>15</sup>.

Vale ressaltar que, nem todos os psicopatas são assassinos e, de modo geral, estão envolvidos em transgressões sociais. No entanto, na maioria das vezes não responde por seus atos ilícitos<sup>16</sup>.

Em 1941, o psiquiatra americano Hervery Cleckley, publicou a sua primeira obra (A máscara da sanidade), nesse livro ele aborda algumas características de pacientes que apresentam altíssima capacidade de persuasão, são indivíduos inteligentes, charmosos e não sentem remorso ou arrependimento em relação aos seus atos<sup>17</sup>.

Robert Hare psicólogo canadense, após anos de estudos, passou a se dedicar aos estudos das características e semelhanças comuns de pessoas com esse tipo de descrição e teve como base de pesquisa a obra de Cleckley. Com estudo aprofundado em 1991, elaborou um questionário na qual leva o nome de escala de Hare ou também PCL (*psychopathy checklist*), que hoje é utilizada na identificação de psicopatas. Esse método criado por Hare examina, de forma minuciosa, vários aspectos da personalidade antissocial ou psicopática, dentre os quais estão relacionados aos sentimentos, estilo de vida, comportamento e relacionamentos entre pessoas<sup>18</sup>.

Segundo Fiorelli e Mangini, as definições de “psicopatia oscilam entre aspectos orgânicos e sociais” e as principais características do transtorno parecem estar em conformidade com as definições elencadas no *checklist de pontuação do protocolo Hare (PLC-H)*:

- ✓ Loquacidade; charme superficial;
- ✓ Superestima;
- ✓ Estilo de vida parasitário; necessidade de estimulação; tendência ao tédio;
- ✓ Mentira patológica; vigarice; manipulação;
- ✓ Ausência de remorso ou culpa;
- ✓ Insensibilidade afetivo-emocional; indiferença; falta de empatia;
- ✓ Impulsividade; descontrole comportamentais;
- ✓ Ausências de metas realistas a longo prazo;
- ✓ Irresponsabilidade; incapacidade para aceitar responsabilidade pelos próprios atos;

14 Ibidem. p. 19.

15 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. **Psicologia Jurídica**. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 101.

16 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. op. cit. p. 144.

17 Ibidem. p. 68.

18 Ibidem. p. 69.

- ✓ Promiscuidade sexual;
- ✓ Muitas relações conjugais de curta duração;
- ✓ Transtorno de conduta na infância;
- ✓ Delinquência juvenil;
- ✓ Revogação de liberdade condicional;
- ✓ Versatilidade criminal<sup>19</sup>

Ademais, os psicopatas têm uma visão supervalorizada e narcisista de seus valores e importância, acreditam ser o centro do universo e superior a qualquer outra pessoa. Para eles, o que vale são as suas próprias regras, podem matar, estuprar, fraudar, roubar etc. Mesmo sabendo que estão violando os direitos básicos dos outros, não sentem que isso é grave<sup>20</sup>.

Os psicopatas vivem entre nós como se fosse pessoas comuns “representam a minoria da população mundial, porém são responsáveis por um grande rastro de destruição<sup>21</sup>”. Em casos extremos, são assassinos e matam sem arrependimento, nem medo, são perversos e elimina suas vítimas a sangue-frio e com requintes de crueldade<sup>22</sup>.

É importante destacar que, não é a violência do crime que indica a presença do transtorno, mas sim, a conduta reiterada, a habitualidade e mais alguns aspectos da personalidade<sup>23</sup>.

Salienta-se, que a psicopatia apresenta níveis variados de classificação que especifica a gravidade do transtorno de personalidade antissocial: leve, moderado e grave. Destaca Ana Beatriz Barbosa<sup>24</sup>.

Nos chamados leves e moderados, a indiferença em relação aos outros também está presente, porém ele emerge de forma menos intensa, mas ainda devastadora para a vida das vítimas e da sociedade como um todo. Os psicopatas graves são capazes de torturar e mutilar suas vítimas com a mesma sensação de quem fatia um suculento filé mignon. Felizmente eles são a minoria entre todos os psicopatas<sup>25</sup>.

Dessa forma, é importante enfatizar que o indivíduo psicopata não vira psicopata da noite para o dia. Eles apresentam alterações comportamentais que podem ser observadas desde a infância até o fim da sua existência, eles nascem e permanecem assim<sup>26</sup>.

## 1.1 Fatores Biológicos e Sociais e os Funcionamentos Cerebrais

---

19 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. *Psicologia Jurídica*. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 100.

20 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016, p. 71.

21 Ibidem. p. 57.

22 Ibidem. p. 19.

23 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. op. cit. p. 101.

24 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. op. cit. p. 20.

25 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016, p. 76.

26 Ibidem. p. 90.

Por que esses indivíduos diferenciam-se das pessoas comuns? Os fatores biológicos e a genética explicam esse fenômeno.

Segundo Robert Hare, psicólogo canadense, uma das maiores autoridades sobre o assunto, afirma que o psicopata tem a parte cognitiva ou racional perfeita, porém, encontram-se falhas no campo da emoção e dos afetos.<sup>27</sup>

Percebe-se que, existe uma deficiência na formação de seus valores morais, éticos e sociais do indivíduo com transtorno de personalidade. “Estatísticas apontam para influências biológicas, ambientais e familiares, sugerindo, portanto, uma conjugação de fatores”.<sup>28</sup>

Os brasileiros, Ricardo de Oliveira Souza neuropsiquiatra e Jorge Moll neurorradiologista, desenvolveram um teste titulado de Bateria de Emoções Morais (BEM) que aplica tecnologia de ressonância magnética funcional (RMF). O objetivo do teste é avaliar como o cérebro do indivíduo responde aos julgamentos morais, como arrependimento, a compaixão e culpa. De forma diferente das emoções primárias, tais como o medo ou a raiva. Visto que, são essas emoções sociais positivas que conduzem as relações interpessoais harmônicas.<sup>29</sup>

Segundo Ana Beatriz, os testes citados acima comprovam que os “psicopatas apresentam atividades cerebrais reduzidas nas estruturas relacionadas às emoções em geral, diferentemente das pessoas comuns.” De outra forma, evidencia o aumento de atividades no campo responsáveis pela cognição. Desta maneira, constatou-se que os indivíduos com transtorno ou psicopatas tem maior capacidade cognitiva do que emocionais.<sup>30</sup>

Alguns testes foram feitos em indivíduos presos identificados como psicopatas, na ocasião, foram exibidas cenas com conteúdo de terror e imagens chocantes, que mostravam corpos decapitados, torturas com eletrochoques, gritos desesperados e gemidos. Ao mesmo tempo em que os criminosos comuns demonstravam reações físicas de medo, os presos psicopatas não apresentavam reações físicas, nem sequer alterações de seus batimentos cardíacos.<sup>31</sup>

A razão e emoção são comportamentos tipicamente humanos, a estrutura cerebral responsável por todas as nossas emoções é o sistema límbico. Uma das principais regiões do sistema límbico está localizada no interior do lobo temporal, essa estrutura chama-se amígdala e funciona como um “botão de disparo” de todas as emoções. Por sua vez, a principal região envolvida, sendo uma parte o córtex dorsolateral pré-frontal (região da testa) que está associada às tarefas cotidianas e a outra parte é o córtex medial pré-frontal está na região que recebe maior influência do sistema límbico, na qual define de forma

---

27 Ibidem. p. 42.

28 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. **Psicologia Jurídica**. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 101.

29 SILVA, ANABEATRIZ BARBOSA. op. cit. p. 81.

30 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5ª reimpressão, 2016, p. 81.

31 Ibidem. p. 80.

relevante as ações tomadas nos campos pessoais e sociais.<sup>32</sup>

Deste modo, pode se verificar nos psicopatas alterações nas estruturas cerebrais quanto as suas regularidades funcionais e, observou-se que até os nove anos de idade ocorre um acréscimo volumétrico significativo da amígdala, igualmente, se dá na substância cinzenta que essa estrutura comporta por anos, ocorre que, fatores ambientais e genéticos podem relacionar-se para a solidificação do transtorno na fase adulta.<sup>33</sup>

Assim afirma Ana Beatriz Barbosa: “A interconexão entre a emoção (sistema límbico) e a razão (lobos pré-frontais) é que determina as decisões e os comportamentos socialmente adequados”.<sup>34</sup>

Pesquisas científicas feitas pelo Dr. Adrian Raine, em indivíduos psicopatas com histórico de crimes de violência mostraram que têm, em média, 11% menos matéria cinzenta no córtex pré-frontal do que uma pessoa considerada como normal. Essa pesquisa indica que devida a essa anomalia anatômica específica o indivíduo tem probabilidade de vir a ser violento.<sup>35</sup>

Logo, percebe-se que os psicopatas apresentam um déficit na associação das emoções com a razão e o comportamento. Então, conclui-se que o transtorno de personalidade ou psicopatia aponta dois elementos causais fundamentais: uma disfunção neurobiológica e o conjunto de influência sociais e educativas que o psicopata recebe ao longo da vida.<sup>36</sup>

### 3. A culpabilidade e a psicopatia

Para se retomar a discussão sobre a eficácia ou não, do nosso direito penal frente ao psicopata, se faz necessário conceituar a culpabilidade, ainda que de forma sucinta para melhor compreensão.

A Culpabilidade é vista como um juízo de reprovação social que recai sobre o fato punível e seu autor, para isso, o indivíduo deve ser considerado imputável e atuar com consciência potencial de ilicitude, visto que, poderia e deveria agir de modo diferente, seguindo as regras impostas pelo Direito.<sup>37</sup>

Pedimos licença ao leitor, para avançarmos a parte histórica e já adentrarmos na teoria normativa pura da culpabilidade, que nasceu com a teoria finalista da ação, através Hans Welzel que observou que o dolo não pode subsistir dentro do juízo da culpabilidade, deixando a conduta sem o seu elemento essencial que é a intenção.<sup>38</sup>

---

32 Ibidem. p. 179.

33 VASCONCELLOS, SILVIO JOSÉ LEMOS. *A cognição social dos psicopatas*: achados científicos recentes. vol. 34, n. 1, pp 151-159. ISSN 1982-0275. Campinas, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103166X2017000100151&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103166X2017000100151&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> . Acesso em: 18 abr. 2018.

34 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. op. cit. p. 179.

35 CASOY, ILANA. *Serial Killer*: louco ou cruel? – 6. ed.- São Paulo: Madras, 2004. p. 35.

36 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. *Mentes Perigosas*: o psicopata mora ao lado. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5ª reimpressão, 2016, p. 183.

37 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Manual de direito penal*: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 255.

38 CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal*, vol. 1, parte geral: (art.1º a 120)-15. Ed. –São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330.

Nessa teoria da ação final “é responsável pela migração do dolo e da culpa para o fato típico”.<sup>39</sup>

A teoria foi se elaborando e tomando a estrutura na forma que “o dolo foi transferido para o fato típico não é, no entanto, o normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade”.<sup>40</sup>

Por consequência, para a teoria da ação final e para a teoria normativa, a culpabilidade é composta por três elementos seguintes: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa.<sup>41</sup>

### 3.1 Da Imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade

A Imputabilidade penal constitui em um dos elementos da culpabilidade. Conforme Nucci, “é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento”.<sup>42</sup>

Os elementos necessários para que exista a imputabilidade são: intelectual e volitivo. O primeiro reside à higidez psíquica que permite que o agente entender o caráter ilícito do fato. O segundo está no domínio da vontade do agente, ou seja, diante do entendimento do caráter ilícito do fato e como se determinar de acordo com esse entendimento.<sup>43</sup>

Os referidos elementos devem estar conjuntamente presentes, uma vez que, na falta de um deles, o sujeito será considerado como inimputável. O nosso ordenamento jurídico adotou o critério cronológico, todo sujeito que completar 18 anos de idade, a partir do início do dia, presume-se imputável. No entanto, essa presunção é relativa (*iuris tantum*), já que admite prova em contrário.<sup>44</sup>

O vigente Código Penal brasileiro de 1940, em seu Título III, dispõe nos artigos 26, 27 e 28 sobre a matéria de imputabilidade e não de responsabilidade, visto que, tais conceitos não se confundem, ainda que possam ser interligados. Dessa forma, o legislador optou em “fixar as causas de exclusão da imputabilidade pena, mas não o seu conceito”.<sup>45</sup>

Sem definir o conceito de imputabilidade, o nosso código enumera as hipóteses de inimputabilidade (distúrbios mentais, menoridade e embriaguez).<sup>46</sup>

Assim dispõe o artigo 26, caput, do CP:

---

39 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. **Manual do Direito Penal**: Parte Geral. -4. Ed. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 284.

40 CAPEZ, FERNANDO. op. cit. p. 330.

41 Ibidem, p. 330.

42 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 262.

43 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. op. cit. p. 287.

44 MASSON, CLEBER. **Código Penal Comentado**. -2. ed. ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 183.

45 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.

46 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. **Manual do Direito Penal**: Parte Geral. -4. Ed. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 288.

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>47</sup>

Em contrapartida, existem três sistemas ou critérios para averiguar a inimputabilidade quanto a sua higidez mental, são os seguintes: biológico, psicológico, biopsicológico.<sup>48</sup>

O critério biológico leva em conta unicamente o desenvolvimento mental do sujeito, isto é, basta que o agente seja portador de anomalia psíquica para ser inimputável<sup>49</sup>. A inimputabilidade também está presente se o sujeito tiver desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porém nesse sistema há a necessidade de laudo pericial para certificar se o sujeito é um inimputável, e dada a confirmação a sua pena será reduzida. Afirma Cleber Masson, “Excepcionalmente nosso código adotou o critério biológico no tocante aos menores de 18 anos (art. 288 da CF e art. 27 do CP)”.<sup>50</sup>

No critério psicológico não é necessário que o sujeito apresente alguma deficiência mental. Será inimputável se mostrar incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e autodeterminação.<sup>51</sup>

Já, o critério biopsicológico resulta-se na união dos dois critérios anteriormente citados, identificando os requisitos da seguinte forma, “verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar de acordo com esse entendimento”.

O Código Penal adotou esse princípio como regra em seu art. 26, *caput*.<sup>52</sup> Sendo assim, a presunção é relativa da imputabilidade, pois ao completar 18 anos de idade, todos são imputáveis, salvo prova pericial que comprovar que o indivíduo é acometido por doença mental.<sup>53</sup>

Por consequência, pode o doente mental ser considerado imputável, contanto que a deficiência mental não se manifeste de maneira que possa comprometer a sua autodeterminação ou a sua capacidade cognitiva. Pode se verificar alguns casos em que o sujeito é acometido de anomalias psíquicas, porém exibe intervalos de lucidez. Nessa ocasião quando praticar um fato típico e ilícito será penalizado como um imputável.<sup>54</sup>

No parágrafo único do art. 26, Código Penal, está elencado as hipóteses de responsabilidade penal diminuída, ou seja, semi-imputabilidade.

A pena pode ser reduzida de um a dois terços se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o

---

47 MASSON, CLEBER. op. cit. p. 183.

48 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. op. cit. p. 263.

49 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. op. cit. p. 288.

50 MASSON, CLEBER. op. cit. p. 184.

51 MASSON, CLEBER. **Código Penal Comentado**. -2. ed. ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 184.

52 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.

53 MASSON, CLEBER. op. cit. p. 184.

54 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. **Manual do Direito Penal**: Parte Geral. -4. Ed. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 289.

caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>55</sup>

A definição da doença mental, em sentido lato, pode ser analisada sendo em maior ou menor grau de intensidade, englobando, neste caso, as doenças patológicas e toxicológicas (*epilepsia, histeria, neurastenia, psicose maníaco-depressiva, melancolia, paranoia, alcoolismo, esquizofrenia, demência, psicose carcerária, senilidade*).<sup>56</sup>

No mesmo sentido, explica Carla Pinheiro.

No que diz respeito às pessoas portadoras de problemas mentais, deve-se avaliar sempre a espécie e a intensidade do transtorno, para que se possa aferir a possibilidade ou não de responsabilização da mesma pelo ato delituoso.<sup>57</sup>

Por sua vez, o desenvolvimento mental incompleto pode limitar a capacidade de entendimento do ilícito ou de autodeterminação por não ter atingido a maturidade intelectual e física, é o caso do menor de 18 anos e algumas particularidades, como é o caso dos silvícolas, não aculturado e os surdos-mudos de nascença. O desenvolvimento mental retardado abrange o grupo dos oligofrênicos (debilidade mental, imbecilidade e idiota).<sup>58</sup>

O critério adotado é o biopsicológico, igualmente usado na inimputabilidade.<sup>59</sup>

Quando ocorrer a condenação de semi-imputável, primeiramente, o juiz condena, logo depois, reduz a pena de um a dois terços e, por fim, se o indivíduo necessitar de tratamento curativo e exames periciais assim o recomendar, o magistrado irá substituir a pena por medida de segurança<sup>60</sup>. Com a Reforma Penal pela lei 7.209/ 1984, adotou o sistema vicariante ou unitário, pois o réu somente irá cumprir uma das sanções impostas.<sup>61</sup>

No que tange ao discernimento do indivíduo psicopata, Ana Beatriz Barbosa explica que “a parte racional ou cognitiva dos psicopatas é perfeita e íntegra, por isso sabem perfeitamente o que estão fazendo. Quanto aos sentimentos, porém, são absolutamente deficitários, pobres, ausentes de afeto e de profundidade emocional”.<sup>62</sup>

O indivíduo psicopata não se integra na classe dos doentes mentais, no entanto está á margem da sanidade psicoemocional e comportamental intacta.<sup>63</sup>

---

55 MASSON, CLEBER. op. cit. p. 183.

56 Ibidem. p. 264.

57 PINHEIRO, CARLA. **Psicologia Jurídica**. -3. ed. – São Paulo. Saraiva. ( Coleção direito vivo/ coordenação José Fabio Rodrigues Maciel). 2017, p. 102.

58 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. op. cit. p. 265.

59 MASSON, CLEBER. op. cit. p. 187.

60 MASSON, CLEBER. **Código Penal Comentado**. -2. ed. ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 184.

61 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. **Manual do Direito Penal: Parte Geral**. -4. Ed. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 290.

62 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016, p. 20.

63 FIORELLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI. **Psicologia Jurídica**. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 99.

---

Analisando os critérios apresentados sobre a imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade fica claro que o sujeito com transtorno de personalidade antissocial não se enquadra, no que diz respeito à inimputabilidade dos doentes mentais.

Segundo Nucci, a personalidade antissocial não é considerada doença mental por manter a capacidade cognitiva e volitiva, então, deste modo, o indivíduo é imputável.<sup>64</sup>

Logo, nesse aspecto, o indivíduo com transtorno de personalidade antissocial é considerado um imputável, tendo em vista a sua capacidade cognitiva e volitiva intactas, porém, esses indivíduos tem um grau maior de periculosidade, sendo um risco iminente para a sociedade.

Mas, o problema encontra-se na diferenciação entre o psicopata e um delinquente com doença mental que é classificado como um inimputável ou um semi-imputável. O assunto é pouco discutido no âmbito da justiça criminal brasileira, mas, bastante controverso e questionado. Além disso, não podemos esquecer que a vida é um bem jurídico tutelado e ela que está em risco.

#### **4. A punibilidade do psicopata.**

A aplicação do direito penal aos indivíduos com personalidade antissocial traz muitas discussões, sendo que existem três alternativas fundamentais: “aplicação de pena pura e simples, aplicação de pena reduzida ou, ainda, imposição de medidas de segurança”.<sup>65</sup>

Segundo Jorge Trindade, Andréa Beheregaray e Mônica Rodrigues Cuneo os psicopatas:<sup>66</sup>

Do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considerá-los plenamente capazes, uma vez que mantêm intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e sensopercepção que, em regra, permanecem preservadas. Isso significa que o agente não apresenta alucinações, como no caso das esquizofrenias nem delírios, como costuma acontecer nas perturbações paranoides. Por isso, entendemos que além da sua capacidade cognitiva, sua capacidade volitiva, em princípio, também se encontra preservada. Nessa senda, os psicopatas seriam imputáveis e, assim, sujeitos à pena criminal.<sup>67</sup>

Para outros, o indivíduo com transtornos de personalidade antissocial ou personalidade psicopática, estaria na classificação dos semi-imputáveis, nesse caso, seria determinada a redução da pena do agente.<sup>68</sup>

---

64 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 265.

65 SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia** –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 91.

66 Ibidem. p. 91.

67 SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia** –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 91. apud TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopata: A Máscara da Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

68 SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia** –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 91.

### 3.1. Problemáticas da Psicopatia no Sistema Penal

Os transtornos de Personalidade configuram um grande desafio para a psiquiatria forense, não tanto para distingui-los, mas sim para ajudar a justiça e auxiliar qual o tratamento ou o lugar mais adequado para esses indivíduos. Os sujeitos que são identificados como psicopatas e cometem crimes seriados merecem atenção especial devido ao alto índice de reincidência criminal. Sendo assim, há a necessidade de uma legislação específica e ainda a construção de estabelecimentos adequados para a custódia destes indivíduos.<sup>69</sup>

Assim a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa, afirma:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.<sup>70</sup>

A psicopatia não tem cura e tratar de um psicopata é uma luta inglória, pois se trata de um transtorno de personalidade que perdura no tempo e não uma fase momentânea.

Entretanto, o transtorno de personalidade antissocial apresenta graus variados de manifestação e o que merece atenção especial é o nível mais grave, pois pode colocar em risco a convivência harmônica e sadia da coletividade. Segundo o DSM-IV-TR, o transtorno de personalidade antissocial tem a evolução crônica, mas pode tornar menos evidente conforme o psicopata envelhece.<sup>71</sup>

Desse modo, há uma grande dificuldade em determinar qual a melhor solução para o indivíduo delituoso portador do transtorno. Esta é uma questão com perfil não meramente descritivo, como pensamos que seja. Assim, acreditamos que o avanço das neurociências poderá, quem sabe, trazer um resultado diverso da privação da liberdade.<sup>72</sup>

### 3.2 Medidas de Segurança

Com o advento da Escola positiva, protagonizada por Lombroso, Ferri e Galofo, no final do século XIX, o Direito Penal passa a ter influência do naturalismo aplicando-se o sistema das Ciências Naturais ao Direito Penal. A Escola Positiva teve grande influência nas legislações penais, principalmente no âmbito das medidas de segurança e do tratamento dos doentes mentais.<sup>73</sup>

69 MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Disponível em: <[http://www.scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)>. Acesso em: 02 mai. 2018.

70 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5ª reimpressão, 2016, p. 153.

71 SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. – 2. Ed. – São Paulo: Globo 2014. 5ª reimpressão, 2016, p. 191.

72 SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 97.

73 Ibidem. p. 102.

Com a Reforma Penal de 1984, resultante da Lei nº 7.209, aboliu-se o sistema do duplo binário, adotando-se assim o sistema vicariante, prevendo que não poderá acumular medidas de segurança e pena criminal. A medida de segurança passa a ser cabível aos inimputáveis nas condições do art. 26 do CP. Os semi-imputáveis ficam submetidos à pena reduzida, porém poderá ser imposta medida de segurança em casos de condenação que necessite de tratamento especial curativo. Diante disso, a medida de segurança será aplicada sempre em substituição à pena, sem cumulação.<sup>74</sup>

Medida de segurança é uma forma de sanção penal, com objetivo unicamente preventivo e curativo, que tem a finalidade de evitar que os indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis, portadores de periculosidade, venham a praticar futuras infrações penais e, para isso, eles recebem um tratamento adequado.<sup>75</sup>

As penas têm como pressuposto a culpabilidade, enquanto as medidas de segurança tem como presunção a periculosidade do agente. Em relação aos indivíduos, as penas são direcionadas aos imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade, por sua vez, as medidas de segurança se referem aos inimputáveis e aos semi-imputáveis perigosos.<sup>76</sup>

O art. 96, do Código Penal, dispõe duas espécies de medidas de segurança.<sup>77</sup>

As espécies das medidas de segurança podem ser detentiva ou restritiva. A medida de segurança detentiva (art.96, I, CP) corresponde à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Por seu turno, a medida de segurança restritiva (art. 96, II, CP) diz respeito ao tratamento ambulatorial.<sup>78</sup>

No art.97, *caput*, do CP, por força desse dispositivo, a medida detentiva é aplicada aos crimes punidos com pena de reclusão. Observa-se que esse dispositivo leva em conta apenas a gravidade da infração e não a periculosidade do agente. Desprezando, dessa maneira, o princípio da proporcionalidade.

Já a medida restritiva é aplicada nos crimes punidos com detenção, salvo grau de periculosidade do réu.<sup>79</sup>

## CONCLUSÃO

Da pesquisa para a elaboração desse artigo científico podemos concluir que o nosso ordenamento jurídico não se encontra preparado para responsabilizar os indivíduos com transtorno de personalidade antissocial, muito menos os legisladores consideram qualquer prognóstico quanto a esse indivíduo tão complexo. A falta de leis efetivas que podem delimitar o tratamento desses sujeitos deixa a população carcerária vulnerável. Pois, o nosso sistema penitenciário está preparado para tratar dos criminosos

---

74 Ibidem. p. 104.

75 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 574.

76 MASSON, CLEBER. **Código Penal Comentado**. -2. ed. ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 394.

77 Ibidem. p. 393.

Art. 98. As medidas de segurança são:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, á falta, em outro estabelecimento adequado;

I – sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

78 CUNHA, ROGÉRIO SANCHES. **Manual do Direito Penal**: Parte Geral/ Rogério Sanches – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 507.

79 Ibidem. p. 508.

comuns e não dos indivíduos psicopatas que praticam crimes de grave violência, visto que esses indivíduos são pessoas malélicas, dissimuladas e manipuladoras, motivo pelo qual, ostentam bom comportamento, são sádicas com aparência de pessoas normais. A sua característica marcante é a falta de sentimento, por esse motivo não consegue se ressocializar e tampouco aprendem com a punição imposta a ele.

Nossa política criminal necessita de uma reforma, pois se encontra várias lacunas e falhas em relação ao tratamento de indivíduos com transtorno de personalidade antissocial. Nosso ordenamento jurídico criminal carece de uma legislação especial que torne o tratamento mais adequado e efetivo tais como: a individualização da pena para os psicopatas, acompanhamento especial, aplicação de testes e diagnósticos padronizados e exames criminológicos. Além disso, quando receber benefício, como no caso da progressão de regime, seria necessário passar por uma comissão técnica de avaliação.

A criação de locais especiais e apropriados para o cumprimento da pena dos indivíduos psicopatas é um imperativo para a solução dessa questão. A intenção seria de provocarmos os nossos penalistas brasileiros, a fim de que institua um estudo seriamente focado nesses sujeitos *tão sui generis*, com a finalidade de buscarmos a melhor resposta a este complexo inimigo que é acometido por uma patologia hipotética e de cura impossível.

A paz e a tranquilidade social precisa de uma solução eficaz. Como a questão é pouco discutida no Brasil, uma vez que a punibilidade dos psicopatas for amplamente tratada com uma atenção especial, irá notar que a questão da reincidência diminuirá.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAHIA BOCK, Ana M.; FURTADO, Odair; TRASSI TEIXEIRA, Ari De Lourdes; **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. 13 edição refor. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1999. 3 triagem – 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Interdição. **Andamento do processo n. 0005327-65.1998.8.26.0625**. Diário de Justiça de São Paulo. Página 2833 – Judicial – 1ª Instância – Interior – Parte III, de 26 abr. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/451904165/andamento-do-processo-n-0005327-6519988260625-interdicao-26-04-2017-do-tj-sp>. Acesso em: 02 de mai. 2018.

BRASÍLIA. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.858, de 24 de fev. de 2010**. “Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.” Autoria: Marcelo Itagiba (PSDB/RJ). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>. Acesso em: 02 de mai. 2018.

BRASÍLIA. **Senado Federal. Projeto de Lei) nº 140, de 18 de junho de 2010**. “Acrescenta os §§ 6º, 7º, 8º e 9º, ao artigo 121 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) com o objetivo de estabelecer o conceito penal de assassino em série.” Autoria: Senador Romeu Tuma (PTB/SP). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96886>. Acesso em: 02 de mai. 2018.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** – 6. ed. - São Paulo: Madras, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral: (art.1º a 120) -15. Ed. –São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual do Direito Penal: Parte Geral/ Rogério Sanches** – 4. ed. rev. ampl. e atual. –Salvador: JusPODIVM, 2016.

IORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. -8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado/Cleber Masson**. 2.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método, 2014.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Disponível em: <[http://www.scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)>. Acesso em: 02 mai. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte Geral**. 11. ed. rev, atua. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHEIRO, Carla. **Psicologia jurídica**. -3. ed. –São Paulo. Saraiva, 2017. (Coleção direito vivo/ coordenação José Fabio Rodrigues Maciel).

SENADO, AGÊNCIA. (09 de agosto de 2010). **Proposta de Tuma cria na legislação penal brasileira a figura do assassino serial**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/08/09/proposta-de-tuma-cria-na-legislacao-penal-brasileira-a-figura-do-assassino-serial>. Acesso em: 02 de mai. 2018.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. -2.ed. –São Paulo: Globo 2014. 5º reimpressão, 2016.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia/ Ângelo Roberto Ilha da Silva**. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, D. M. PERISSINI, **Psicologia jurídica no Processo Civil Brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância**. -3. ed. rev., atual. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VASCONCELLOS, SILVIO JOSÉ LEMOS. **A cognição social dos psicopatas: achados científicos recentes**. vol. 34, n. 1, pp 151-159. ISSN 1982-0275. Campinas. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103166X2017000100151&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103166X2017000100151&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> . Acesso em: 18 abr. 2018.

## Direitos Fundamentais Sociais e a proteção do Mínimo Existencial

*Carlos Henrique Mallmann<sup>1</sup>*

*Daisy Carla Poncio<sup>2</sup>*

### Resumo

Este artigo tem como objetivo principal a análise do Direito ao Mínimo Existencial como um direito subjetivo definitivo a prestações, plenamente exigível também pela via jurisdicional. O trabalho, que tem como fonte e foco de estudo diversas obras doutrinárias, artigos jurídicos, e julgados do STF, passa pela análise da origem, natureza e evolução dos direitos humanos. Da história dos direitos humanos chegamos aos direitos fundamentais, ou seja, aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, incluindo aí os Direitos Sociais considerados pela Constituição Federal de 1988 como autênticos Direitos Fundamentais de aplicabilidade imediata.

**Palavras chaves:** direitos fundamentais, direitos sociais, mínimo existencial.

### Abstract

This article aims the analysis of the Law to the Existential Minimum, as a permanent subjective right in installments, fully exigible by jurisdictional means. This work has as source and focuses to study many doctrinaire pieces, juridical articles and judged by the Supreme Court, going through the analysis of origin, nature and evolution of the human rights. From the history of the human rights to fundamental rights, in other words, rights of the human beings acknowledged in the constitutional rights sphere of a certain State, including the Social Rights considered by the 1988 Federal Constitution as authentic Fundamental Rights of immediate application.

**Key-words:** fundamental rights, social rights, existential minimum.

### Introdução

Este artigo tem como objetivo principal a análise do Direito ao Mínimo Existencial como um direito subjetivo definitivo a prestações, compreendido também como um direito e garantia fundamental que independe de expressa previsão constitucional. Busca demonstrar também que sua composição reclama uma análise à luz das necessidades de cada pessoa, pois tanto o objeto quanto conteúdo do mínimo existencial, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e mestre em Ciências Jurídicas pela Univali, professor na FAECA – Faculdade Dom Bosco de Monte Aprazível – SP, endereço eletrônico – [chmzales@yahoo.com.br](mailto:chmzales@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> Bacharel em direito pela Fai – Faculdades de Itapiranga – SC, endereço eletrônico – [dponcio@gmail.com](mailto:dponcio@gmail.com).

vida e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido o artigo propõe num primeiro momento uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, para posteriormente elencar os principais obstáculos à efetividade tanto dos direitos sociais quanto do mínimo existencial. Passando por uma análise da fundamentalidade dos direitos sociais e sua importância na concretização do direito ao mínimo existencial, sem deixar de destacar os avanços doutrinários e jurisprudenciais a respeito do verdadeiro conteúdo do mínimo existencial, afastando as concepções reducionistas que buscam compreender este instituto como um mínimo vital – atrelado apenas a sobrevivência do indivíduo e não a sua qualidade de vida – garantida pelos direitos fundamentais sociais, e pelo Estado de bem estar social.

### 1. Abordagem histórica e conceitual dos direitos fundamentais

É comum encontrarmos na doutrina as expressões, direitos fundamentais e direitos humanos, sendo utilizadas como se fossem sinônimos, porém, se é certo que direitos fundamentais e direitos humanos têm pontos comuns, também é inequívoco que ostentam peculiaridades próprias que os distinguem.

Canotilho também faz menção a essa distinção, ao observar que:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>3</sup>

Nesse sentido, Comparato destaca a diferenciação que é feita pela doutrina jurídica alemã entre direitos humanos e direitos fundamentais, onde os direitos humanos compõem o gênero do qual fazem parte todos aqueles direitos indispensáveis à dignidade humana, enquanto os direitos fundamentais são apenas os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades detentoras do poder político de editar normas, tanto internamente, quanto no plano internacional.<sup>4</sup>

Pode-se concluir, portanto que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas constituições, nas leis, e nos tratados internacionais.

Partindo do conceito podemos perceber que a história dos direitos fundamentais funde-se num primeiro momento com a história dos direitos humanos, portanto uma análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos humanos ao longo dos tempos é de suma importância para sua fundamentação. Além do mais, estudando as origens dos direitos humanos estamos ao mesmo tempo fundamentando-os e vice-

3 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 393.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos do homem*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

versa.

Nesse sentido Antônio Truyol y Serra afirma que: “A exposição do regime jurídico internacional dos direitos humanos não pode prescindir de um esboço, ainda que breve, da história e da ideia dos direitos humanos e de sua progressiva incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados que constituem seus antecedentes.”<sup>5</sup>

### 1.1 Trânsito a modernidade e processo de formação do ideal de direitos humanos

Uma abordagem histórica dos direitos fundamentais nos remete a análise de um período no qual a sociedade se transforma preparando terreno para o surgimento dos direitos fundamentais. Nesse período que vai do século XIV ao século XVIII, denominado Trânsito a modernidade a pessoa reclamará sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista.<sup>6</sup>

Nas palavras de Gregorio Peces Barba:

(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido.<sup>7</sup>

E assim a sociedade impulsionada pelo humanismo e pela Reforma protestante, inaugura uma nova mentalidade, caracterizada pelo individualismo, racionalismo e o processo de secularização, e nessa ótica a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental.

### 1.2 As dimensões históricas dos direitos fundamentais

Podemos identificar na doutrina a divisão histórica dos direitos fundamentais em três, quatro e até cinco gerações ou dimensões.

Cumpramos ressaltar que se existe divergência quanto a utilização dos termos gerações ou dimensões essa divergência limita-se a esfera terminológica, havendo em princípio consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos. Portanto utilizaremos os termos dimensões e gerações como sinônimos, optando por trabalhar com a divisão mais tradicional exposta em três gerações nos moldes da divisão apresentada por Karel Vasak, criador do termo “gerações de direitos” em 1979,

5 TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Los derechos humanos*. 3. Ed. Madrid: Tecnos, 1982. p. 11.

6 GARCIA, Marcos Leite. *A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 10, n. 2, p.417-437, jul.-dez. 2005.

7 PECES-BARBA, Gregório. *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982. p. 4

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2007. p. 55

teoria posteriormente complementada por Norberto Bobbio e atualmente desenvolvida e defendida por Antonio-Enrique Pérez Luño.<sup>9</sup>

### 1.2.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são reflexos do pensamento liberal burguês do séc. XVIII e das conquistas advindas das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) que representavam uma resposta contundente aos graves excessos praticados pela monarquia absoluta.

Celso Lafer leciona que os direitos fundamentais de primeira dimensão

(...) se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro(...)<sup>10</sup>

Complementa Paulo Bonavides que seriam verdadeiros direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, entrando “na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek”<sup>11</sup>, “uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”.<sup>12</sup>

Nesse sentido os direitos de primeira dimensão, de notória inspiração jusnaturalista, contemplariam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, seriam, de maneira geral, os direitos civis e políticos, que têm por titular o indivíduo e que são oponíveis ao Estado.

### 1.2.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Da mesma forma que os direitos de primeira dimensão dominaram o século XIX, os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX.

Os graves problemas sociais e econômicos decorrentes da industrialização, bem como “as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo”<sup>13</sup> impulsionaram uma série de “reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo”.<sup>14</sup>

A segunda dimensão contempla os direitos econômicos, sociais e culturais, também chamados de direitos de igualdade, que “uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”.<sup>15</sup>

9 GARCIA, Marcos Leite. **Características básicas do conceito integral de Direitos Humanos Fundamentais**. Anais do Conpedi de Maringá, 2009. ISBN: 978-85-7840-023-1

10 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 p. 126.

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 564

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 56

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 56

14 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. p. 127

15 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 564

Para Ingo Sarlet “a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual”, mas, sim, “propiciar um direito de participar do bem-estar social”<sup>16</sup>. Nesse sentido complementa Bonavides que “são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”, e “tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”.<sup>17</sup>

### 1.2.3 Os direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, diferenciam-se das gerações anteriores já no que diz respeito a sua titularidade, pois “têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”<sup>18</sup>, caracterizando-se dessa forma como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Paulo Bonavides entende que fazem parte da terceira geração “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”<sup>19</sup>.

Vale lembrar que alguns autores trabalham com mais duas gerações, uma quarta e uma quinta, que são respectivamente as referentes à bioética e as novas tecnologias da informação, que Pérez Luño inclui ainda na terceira geração.<sup>20</sup>

## 2. Os direitos sociais como fundamentais: a jusfundamentalidade dos direitos sociais no Brasil

Os Direitos Sociais nunca foram objeto de um reconhecimento consensual, mesmo que para nós pareça óbvio, existem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados, que negam a condição de autênticos direitos fundamentais aos direitos sociais, existe até quem negue a própria existência de direitos sociais, que o diga Fernando Atria<sup>21</sup> em: “Existem Direitos Sociais”.

Esses segmentos da doutrina nos remetem a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não podemos abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reforçando-se a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da assim designada fundamentalidade quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais.<sup>22</sup>

A Assembléia Constituinte de 1988 foi extremamente receptiva aos direitos sociais, reconhecendo sob esse rótulo, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), sem que se deixe de

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 56/57

17 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. p. 127

18 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. p. 131

19 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 564

20 GARCIA, Marcos Leite. *Características básicas do conceito integral de Direitos Humanos Fundamentais*. Anais do Conpedi de Maringá. 2009. ISBN: 978-85-7840-023-1

21 Fernando Atria, “Existem Direitos Sociais?” in: Cláudio Ari Mello (Coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 09-46

22 SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade*. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 166

admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização, acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Para Clève a Constituição Brasileira de 1988 inovou no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, pois tratou a matéria não no capítulo dedicado a Ordem Econômica e Financeira ou à Ordem Social. Antes, cuidou deles enquanto verdadeiros direitos fundamentais, e não expressões de uma determinada ordem.<sup>24</sup>

Se os direitos sociais a prestação, na sua dimensão subjetiva, implicam direitos subjetivos negativos, também há que destacar que o texto da Constituição de 1988, inclui no seu rol de direitos sociais posições, que, a despeito de uma correlata função positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como por exemplo o direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores. Diante do exposto Sarlet conclui que:

(...) é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade).<sup>25</sup>

Para Sarlet, não se responde a pergunta acerca da fundamentalidade e o regime jurídico inerente aos direitos sociais sem se afastar, desde logo, qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que sustentamos uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Ideia essa reforçada por Krell quando afirma que:

Talvez o maior impedimento para a proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário.<sup>27</sup>

Portanto, afirmar que são fundamentais todos direitos como tais (como direitos fundamentais) expressamente consagrados na Constituição não significa que não haja outros direitos fundamentais, pois deve-se levar a sério a cláusula de abertura (na condição de norma geral e inclusiva) contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.<sup>28</sup>

23 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 167

24 CLÈVE, Clemerson Mérilin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28 de outubro de 2010 p. 08/09

25 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 169

26 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 169/170.

27 KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre, S. A. F. Editor, 2002. p. 71

28 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 331/332

Ingo Sarlet faz referência ainda ao § 3º no artigo 5º da Constituição, defendendo a hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso apenas material, vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, muito embora, “o nosso Supremo Tribunal Federal siga outorgando aos direitos previstos nos tratados internacionais hierarquia infraconstitucional (negando-lhes, portanto, a condição de “verdadeiros” direitos fundamentais), embora já reconheça que tais tratados devam prevalecer sobre qualquer norma infraconstitucional (legal) interna”.<sup>29</sup>

Concluimos que no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF, como em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais, e assim sendo, os direitos sociais – por serem fundamentais – comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais.<sup>30</sup>

Há quem diga ainda que as normas de direitos sociais não são abrangidas pelo disposto no artigo 5º § 1º, da CF, pois partindo da premissa de que a localização topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no parágrafo 1º desse artigo, apenas aos direitos individuais e coletivos. Posição essa rechaçada pela doutrina da qual somos adeptos, nas palavras de Sarlet:

(...) o fato é que este argumento não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, visto que esta utiliza a formulação genérica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II da CF, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar, pelo menos não sem contestação relevante, uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição.<sup>31</sup>

Se optarmos por uma interpretação sistemática e teleológica em detrimento a uma interpretação de viés eminentemente literal, chegaremos aos mesmos resultados, como bem ensina Clève:

(...) a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança de igual modo, todos os direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Devemos destacar também que há quem sustente que os direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, pelo fato de não terem sido expressamente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF<sup>33</sup>, ora uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF, exclui não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11º) como também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13) e os direitos políticos (artigos 14 a 17), com

29 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 170

30 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 172

31 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 174

32 CLÈVE, Clemerson Mérilin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. p. 05

33 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

exceção do direito de voto previsto no inciso IV, § 4º do artigo 60. Tal interpretação, portanto dificilmente poderá prevalecer, pois se levando ao extremo esse raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que apenas o mandado de segurança individual, mas não o coletivo, integra as “cláusulas pétreas”.<sup>34</sup>

Sarlet ensina ainda que “os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa.”<sup>35</sup>

A inclusão dos direitos sociais e demais direitos fundamentais, no rol das “cláusulas pétreas” fica evidenciada quando analisamos a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, já no preâmbulo, “encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado”.<sup>36</sup>

No mesmo sentido Rogério Gesta Leal sustenta que “os direitos fundamentais se apresentam hoje no sistema jurídico brasileiro – notadamente o constitucional – como parâmetros hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, merecendo inclusive capítulo próprio no Texto Político, e fortificados tanto pelas suas disposições do artigo 5º, §§ 1º e 3º, em face de sua auto-aplicabilidade, bem como pelo disposto no seu artigo 60, § 4º, outorgando-lhes a condição de cláusulas pétreas, impedindo sua supressão ou erosão”.<sup>37</sup>

### 3. O direito ao mínimo existencial

O ocaso do modelo liberal de Estado e o início da proclamação formal de direitos sociais pelas Constituições marcam o esboço do reconhecimento formal de um direito ao mínimo existencial, necessário para uma existência digna, para além do assistencialismo<sup>38</sup> ainda impregnado das idéias de caridade ou de auxílio mútuo.<sup>39</sup>

O surgimento do Estado social de Direito em muito tem a ver com as crescentes necessidades que a sociedade não podia suprir por si só, surge também como resposta a outro modelo de Estado erigido com a pretensão de suprir tais necessidades, o Estado Socialista Soviético<sup>40</sup>. O Estado social de Direito é marcado pela existência de direitos fundamentais sociais a prestações, incluindo prestações normativas e prestações fáticas.<sup>41</sup>

O Estado social busca a justiça social por ampla e direta intervenção na sociedade inaugurando um

34 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 176.

35 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 178

36 SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. p. 178/179

37 LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009. p. 37

38 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 37.

39 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

40 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. p. 51/52.

41 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 442/443

novo princípio que informa o Estado, o da socialidade, que impõe ações que garantem as condições para uma existência digna dos cidadãos, bem como para a “prossecução de uma justiça social generalizada”, mediante a prestação de bens, serviços e infraestruturas, e não apenas com aparatos de segurança social.<sup>42</sup>

Para Andreas Krell, “é obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais”.<sup>43</sup>

A ideia de um direito, oponível ao Estado, de defesa e do mínimo existencial, surgiu no âmbito do Estado de Direito democrático e social, embora vinculado a ideia de condição para os direitos de liberdade, em sua construção no Direito Alemão.<sup>44</sup>

Em 1951, o tribunal federal administrativo da Alemanha, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, embora negando o direito fundamental a uma assistência adequada por parte do Estado<sup>45</sup>, reconheceu, num embrião do que futuramente seria o reconhecimento de um direito ao mínimo vital, que do descumprimento do dever do legislador de realizar o Estado Social poderia surgir algum direito a ser reclamado perante a jurisdição constitucional.<sup>46</sup>

O reconhecimento do direito ao mínimo para uma existência digna, na jurisdição alemã, deu-se em 1975, em decisão na qual o Tribunal Constitucional Federal afirma:

claro que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social. Isso necessariamente inclui o auxílio social aos cidadãos que, em virtude de fragilidades físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de se sustentar sozinhos. A comunidade estatal tem que lhes garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna.<sup>47</sup>

Nesse sentido, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. Deve o indivíduo, portanto, levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a assistência social, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.<sup>48</sup>

Vinculada a estas considerações, nos deparamos com a problemática da aferição do valor necessário para uma existência digna, mesmo que, em princípio, as opiniões convergem no sentido de que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação.<sup>49</sup>

Dessa forma, é certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia

42 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 184-187

43 KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. p. 60.

44 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. p. 54.

45 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 436.

46 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. p. 55.

47 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 436.

48 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, ano 1, nº 1, p. 171-193, out /dez. 2007. p. 179

49 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 341.

da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta, pois uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida não pode ser reduzida à mera existência. Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, claro que com algumas ressalvas e controvérsias em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo.<sup>50</sup>

Na Alemanha e segundo orientação doutrinária e jurisprudencial prevalente, destaca Sarlet:

(...) o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com seu conteúdo material.<sup>51</sup>

Nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes, a doutrina e a jurisprudência alemãs entendem que podem os tribunais decidir sobre o padrão existencial mínimo, e que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado. Aparentemente, essa orientação tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional Europeia, bem como assumida por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana.<sup>52</sup>

Finalmente, é importante destacar o comprometimento dos sistemas constitucionais que consagram, diretamente, amplo rol de direitos sociais a prestações, em reforçar os lastros de um direito ao mínimo existencial impondo um dever de viabilização de uma sociedade de bem-estar.<sup>53</sup>

### 3.1 O mínimo existencial e sua conexão com os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira

A Constituição Brasileira de 1988, ao contrário da lei Fundamental de Bonn, com base na qual primeiro se falou em um direito ao mínimo existencial, consagra amplo rol de direitos fundamentais, incluídos direitos sociais. Visto que o direito ao mínimo existencial, inicialmente identificado com fundamento em princípios gerais, pela ausência de direitos fundamentais sociais consagrados por disposições constitucionais, justifica-se seja perquerida a possibilidade de se encontrar o mesmo direito em Constituições que consagram diretamente normas de direitos sociais a prestação.<sup>54</sup>

Barcellos desenvolve a ideia de mínimo existencial como um subconjunto dentro dos direitos sociais<sup>55</sup>, enquanto Lobo Torres afirma que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial. Independente de se concordar ou não com essas duas concepções elas nos revelam num

50 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** p. 180

51 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** p. 181

52 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** p.182

53 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna.** p. 56/57.

54 BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna.** p. 58.

55 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 114.

primeiro momento, a estreita ligação entre direitos sociais e o mínimo existencial.<sup>56</sup>

Sarlet destaca que os direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores e outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, da mesma forma que a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial.<sup>57</sup>

Vale destacar, que neste contexto, o mínimo existencial, compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de saudável, tem sido identificado por alguns, como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. Porém é necessário esclarecer que não se endossa a tese de acordo com a qual o conteúdo em dignidade da pessoa humana equivale necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana, e, portanto, um conteúdo certo em dignidade, assim como não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que é sempre variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>58</sup>

Na esteira dessas considerações, pode-se afirmar que o mesmo se aplica aos direitos fundamentais sociais, que não se reduzem à dimensão positiva e também não se limitam ao mínimo existencial. No entanto, mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Sobre esse núcleo essencial destaca Sarlet:

Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, *quando for o caso*, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática, designadamente quando estiver em causa a extração de alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.<sup>59</sup>

Diante do exposto, resta clara a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas e positivas correspondentes ao mínimo existencial.<sup>60</sup>

56 TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.41

57 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 184

58 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 184/185

59 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 185

60 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 185/186

Ana Olsen advoga que:

O mínimo existencial, como a porção nuclear do direito fundamental necessária à sobrevivência com dignidade de seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto. No que diz respeito ao direito fundamental à previdência, por exemplo, há que se verificar se o montante pecuniário recebido pelo aposentado é suficiente para suprir suas necessidades vitais básicas, dentre as quais alimentação, vestimenta, moradia e saúde. No caso do direito fundamental à saúde, há que se observar se a atuação restritiva dos poderes públicos não está a anular a possibilidade de reabilitação do enfermo, condenando-o à morte em virtude de argumentos como a escassez artificial de recursos.<sup>61</sup>

Nesse sentido, a composição do mínimo existencial reclama, portanto, uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. É claro que não devemos afastar a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluirmos outras possibilidades, podem ser utilizadas pelo intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial, como uma espécie de roteiro-guia.<sup>62</sup>

### 3.2 A consagração constitucional do direito ao mínimo existencial

O reconhecimento do direito ao mínimo para uma existência digna, na esteira da experiência alemã, deu-se no âmbito da atividade jurisdicional, de forma dispersa e pontual, no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em acórdãos em que se identificam fundamentos para o reconhecimento do direito constitucional ao mínimo existencial, embora inexista abordagem articulada da matéria, nos moldes do Tribunal Federal Alemão.<sup>63</sup>

Nesse sentido leciona Eurico Bitencourt:

Não há, portanto, consolidada construção jurisprudencial brasileira de um direito constitucional ao mínimo existencial, muito embora os pressupostos constitucionais para o seu reconhecimento permitam confirmar sua existência, que tem em alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal traços que possibilitam dizer que a jurisdição constitucional brasileira não desconhece a sua afirmação.<sup>64</sup>

Mesmo não tratando diretamente do direito ao mínimo existencial, há várias decisões que contêm fragmentos de seu reconhecimento, como por exemplo, quando se afirma que a liberdade de conformação do legislador e de atuação do Poder Executivo não autorizam, no campo da realização de direitos econômicos, sociais e culturais inércia estatal que afete:

(...) aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.<sup>65</sup>

61 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 354.

62 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. p. 186

63 BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. p. 98.

64 BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. p. 96.

65 Decisão monocrática, da lavra do Ministro Celso de Mello: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9 – Distrito Federal, de 29 de abril de 2004, publicado no Diário da Justiça de 04 de maio de 2005.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>

Essa decisão monocrática tem o mérito evidente de reconhecer um direito ao mínimo para a existência digna (mínimo existencial), que se impõe ao Estado e, portanto, é plenamente justificável. Tal entendimento foi reiterado em decisão mais recente relatada pelo mesmo Ministro Celso de Mello (RE nº 436996/SP)<sup>66</sup> reconhecendo um direito subjetivo de acesso a uma vaga na rede pública para crianças de até seis anos de idade em creches e pré-escolas com fundamento também na noção de mínimo existencial e, de modo especial, com suporte normativo expresso no art. 208 inciso IV da CF.<sup>67</sup>

Ainda nesse sentido, pode-se perceber pressupostos do direito ao mínimo para uma existência digna, quando se decide que a educação infantil é direito fundamental referente à primeira etapa do processo de educação básica, direito que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, sendo dever do poder público concretizá-la, sob controle jurisdicional direto, ainda que a formulação e execução de políticas públicas caiba primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, por se tratar de direito que congrega valores inerentes à dignidade da pessoa humana.<sup>68</sup>

Embora também não dizendo respeito a uma discussão direta sobre o direito ao mínimo existencial, é importante também a afirmação: (...) a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia de jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (...).<sup>69</sup>

É preciso frisar, que também no que diz com o conteúdo do mínimo existencial, bem como no que concerne à sua proteção e implementação, existe uma variada gama de posicionamentos a respeito das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara.<sup>70</sup>

A separação dos poderes e o princípio majoritário são muitas vezes apresentados como um obstáculo absoluto ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público com fundamento em normas- princípio, ou seja, à eficácia positiva. Os argumentos são vários: (I) o Judiciário estaria a invadir a competência do legislativo e do executivo, rompendo o equilíbrio entre os três poderes; (II) apenas o legislativo e o Executivo teriam legitimidade para fixar políticas públicas; (III) seja porque a decisão sobre onde investir e de que forma investir seja uma decisão eminentemente política e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (IV) o Judiciário não teria capacitação técnica necessária para realizá-la.<sup>71</sup>

Nesta seara de discussão, Clève contribui com os seguintes apontamentos:

Em primeiro lugar, o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz

66 Recurso Extraordinário, Relator Ministro Celso de Mello nº 436.996-6 São Paulo, publicado no DJ de 07.11.2005.

<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>

67 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** p. 183

68 Acórdão: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 – São Paulo, de 22 de novembro de 2005, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça de 03 de fevereiro de 2006. <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia>

69 Acórdão: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 470.975-6 – São Paulo, de 18 de dezembro de 2006, Relatora Ministra Cármen Lúcia, publicado no Diário da Justiça de 16 de março de 2007. [http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp\\_abdir\\_23\\_8\\_07\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_23_8_07_1.pdf)

70 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** p. 183

71 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** p. 207/208.

respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.<sup>72</sup>

Nesse sentido, completa Andreas Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.<sup>73</sup>

No entender de Ana Paula de Barcellos a ideia da separação dos poderes não é um fim em si mesma, mas um instrumento para proteção dos direitos do homem. Ao passo que a democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária, sendo preciso que, junto com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. A regra da maioria, embora essencial para o exercício da democracia, não se confunde com esta e nem pode ser tomada em termos absolutos, admitindo-se, para manutenção da própria democracia, algumas restrições fundamentais à sua aplicação.<sup>74</sup> De todo o exposto, conclui a autora:

(...) nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situação de reconhecida e indisputada indignidade.<sup>75</sup>

É necessário desde já, destacar nossa posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental, podendo-se remeter à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade, onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do uma vida saudável.<sup>76</sup>

Note-se que a fundamentação do mínimo existencial no direito à vida, não pode restringir o núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das

72 CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. p. 07

73 KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. p. 22/23.

74 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. p. 225-227.

75 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. p. 230.

76 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. p. 183

condições materiais mínimas (como na Alemanha) que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, isso poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente vital, ao passo que, não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Não se pode negligenciar a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem.<sup>77</sup>

Nestas condições, como bem observou Clèmerson Merlin Clève, “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível”.<sup>78</sup>

Nessa perspectiva, é muito importante a lição de Sarlet:

O que importa (...) é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput).<sup>79</sup>

Outro argumento que muitas vezes é utilizado para justificar a ineficácia do direito ao mínimo existencial é a reserva do possível, sendo necessários alguns apontamentos nesse sentido.

A reserva do possível, ligada à noção de escassez de recursos, corresponde a uma restrição aos direitos fundamentais sociais, pois reduz a responsabilidade do Estado para com a obrigação neles prevista, afetando desvantajosamente as posições jurídicas geradas para seus titulares<sup>80</sup>. Nesse ponto, os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais, pois é obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.<sup>81</sup>

Nesse sentido destaca Ana Olsen:

(...) o argumento da escassez de recursos deverá ser investigado a fundo quando confrontado com a realização de um direito fundamental social prestacional. A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência se mostra como um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação restritiva do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir que prestações determinadas pela Constituição sejam negligenciadas. Há que se ponderar cuidadosamente o argumento da escassez (bem como o próprio argumento democrático e da macrojustiça) com a realização do direito fundamental social reclamado concretamente, de modo que somente por uma razão extremamente grave a eficácia do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.<sup>82</sup>

77 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 183

78 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul-dez 2003, p. 17-29.

79 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 184.

80 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. p. 325.

81 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 191

82 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. p. 335.

E ainda:

A reserva do possível em si, enquanto condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes, dificilmente pode ser ponderada em si. Torna-se imperioso investigar quais os bens jurídicos que ela visa proteger, e confrontá-los ao bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental social. Neste sentido, a omissão do Estado não pode ser considerada proporcional ou não proporcional. A análise de proporcionalidade deve se dirigir à conduta estatal que afastou os recursos necessários à realização daquele direito fundamental, bem como à conduta praticada com o objetivo de fornecer a prestação material em questão.<sup>83</sup>

Eros Grau expõe outra questão importante, a reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob “reserva de cofres cheios” equivaleria, na prática, como diz Canotilho, a nenhuma vinculação jurídica.<sup>84</sup>

Robert Alexy salienta que quando estão em jogo, direitos sociais mínimos, relacionados ao mínimo existencial, a alegação da prevalência de outros bens jurídicos (como a segurança orçamentária) não pode ser acatada em detrimento do direito fundamental. A realização deste mínimo existencial não teria o condão de afetar de forma substancial os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito.<sup>85</sup>

De todo exposto, reafirmamos o nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa, há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, plenamente exigível também pela via jurisdicional. “As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese”.<sup>86</sup>

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello se pronunciou na ADPF 45/DF:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Desta forma, entende reiteradamente que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança. Cumpre-se advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, atém esmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>87</sup>

Para Clèmerson Clève: “É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o

83 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. p. 331/332.

84 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 193/194

85 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, apud, OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. p. 331/332.

86 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. p. 196

87 Decisão monocrática, da lavra do Ministro Celso de Mello: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9 – Distrito Federal, de 29 de abril de 2004, publicado no Diário da Justiça de 04 de maio de 2005.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>

nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”<sup>88</sup>

Finalmente, apresentados estes argumentos, é possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. “O mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito”.<sup>89</sup>

### Considerações finais

O presente artigo visou oportunizar uma reflexão crítica acerca da possibilidade de garantia, pelo estado de um direito ao mínimo existencial, sustentado pelo amplo rol de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento do direito ao mínimo para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. O Estado social busca a justiça social por ampla e direta intervenção na sociedade.

O mínimo existencial, como porção nuclear do direito fundamental necessária à sobrevivência com dignidade de seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto, reclamando, portanto, uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

Das diversas concepções acerca do mínimo existencial, há que se tomar certo cuidado com a noção reducionista manifestada por parte da doutrina, pois ela, com a preocupação de garantir maior efetividade a estes direitos, pode eventualmente colocar em risco a pretensão do constituinte, indo de encontro à fundamentalidade formal.

Nesse sentido, na esteira do posicionamento de Ingo Sarlet, reafirmamos o nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa, há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, plenamente exigível também pela via jurisdicional.

As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, pois o mínimo existencial deve ser concebido como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais.

A investigação sobre o tema desafia continuidade, espera-se que o presente estudo, que teve como o objetivo a análise da questão do mínimo existencial e sua ligação com os direitos sociais, desafie investigações que possam esclarecer ainda mais as questões controversas sobre o tema, principalmente a

---

88 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. p. 28.

89 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. p. 361.

questão acerca do conteúdo do mínimo existencial, que por ser sempre variável exige um estudo sempre atualizado da questão.

### Referência das fontes citadas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATRIA, Fernando. “**Existem Direitos Sociais?**” in: Cláudio Ari Mello (Coord.), **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09-46.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22<sup>o</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em 28 de outubro de 2010

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul-dez 2003, p. 17-29.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos do homem**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 10, n. 2, p.417-437, jul.-dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Características básicas do conceito integral de Direitos Humanos Fundamentais**. Anais do Conpedi de Maringá. 2009. ISBN: 978-85-7840-023-1.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre, S. A. F. Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, ano 1, nº 1, p. 171-193, out/dez. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRUYOL Y SERRA, Antônio. **Los derechos humanos**. 3. Ed. Madrid: Tecnos, 1982.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS: Historicidade, Características e Classificação.

MAYRTON PEREIRA MARINHO<sup>1</sup>

**RESUMO:** No presente estudo tratar-se-á dos direitos fundamentais, desde seu conceito até sua classificação, passando-se por suas dimensões e características. Isso porque parte-se do ponto de vista de que os direitos fundamentais servem de alicerce dos demais direitos. De uma maneira geral os direitos fundamentais são alvo de discussões interessantes, por isso as idéias dos doutrinadores aqui citados, as quais ajudam na compreensão de institutos ligados a tais direitos, serão de vital importância para o trabalho e merecem ser observadas, especialmente quanto ao assunto em pauta.

**Palavras-chave:** Direito. Fundamental. Constituição.

### DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para ilustrar a importância dos direitos fundamentais, transcrevemos o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, nos seguintes termos:

“Com base no que foi exposto e à luz do direito constitucional pátrio, verifica-se, de plano, ser inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição”.<sup>2</sup>

Por tal afirmação, vê-se que os direitos fundamentais existem para tutelar as mais variadas pessoas, em indeterminadas situações, não podendo ser restritos ou limitados, podendo ter sua importância alterada com o tempo, já que não é possível precisar os rumos do futuro, pois se conjecturam de forma indefinida e genérica.<sup>3</sup>

Walter Claudius Rothenburg fala sobre a projeção positiva e sobre a proibição de retrocesso dos direitos fundamentais. A projeção positiva dos direitos fundamentais ocorre com a satisfação das necessidades,<sup>4</sup> com a efetivação do direito previsto. A proibição de retrocesso significa a impossibilidade de se desprezar um direito fundamental depois de reconhecido como tal.<sup>5</sup>

Desde já tem-se a noção da importância dos direitos fundamentais para um ordenamento jurídico, em especial para uma Constituição.

### Conceito de direitos fundamentais

1 Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1995), graduação em Teologia - Centro de Estudos Superiores Sagrado Coração de Jesus de São José do Rio Preto (2002) e mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2006). Atualmente é sócio-diretor da empresa de assessoria em Administração Pública Marinho E Feitosa Advogados Associados. Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo, Civil, Trabalhista e Eleitoral, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente no seguinte tema: Administração Pública estatutária e celetista. Professor universitário.

2 *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 78.

3 Antonio-Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, p. 13.

4 *Revista de direito constitucional e internacional*, nº 33, p. 152.

5 *Ibidem*, p. 156.

É de suma importância, logo de início, desentranhar o conceito de direitos fundamentais, para melhor compreensão do tema e para sua diferenciação em relação às demais noções jurídicas, com as quais costuma ser confundido.

Porém, primeiramente convém esclarecer o que significam os termos *conceito*, *direito* e *fundamental*.

Segundo o dicionário Larousse Cultural<sup>6</sup>, *conceito* é:

“1. Representação de um objeto pelo pensamento, nas suas características gerais. – 2. Idéia, objeto concebido pelo espírito ou adquirido por ele, e que permite organizar as percepções e os conhecimentos. – 3. Ação de formular uma idéia por meio de palavras; definição. – 5. Apreciação, julgamento, avaliação. – 6. *P.ext.* Avaliação do aproveitamento escolar. – 7. Reputação, juízo, julgamento. – 8. Parte de uma charada em que se faz referência à palavra que constitui sua solução. – 9. Máxima, provérbio”.

Então, em síntese, vê-se que conceito é a representação, o significado, a definição de um objeto ou de uma idéia em que se detectam suas características gerais.

Pela mesma obra verificamos que *direito* significa: “1. Complexo de leis ou normas que regem as relações entre os homens. – 2. Ciência ou disciplina que estuda essas normas...”<sup>7</sup>.

Neste trabalho, que é de cunho científico, o conceito de *direito* deve ser suficientemente elaborado.

*Direito* têm várias acepções: direito como disciplina, equivalente a ciência jurídica; direito como prerrogativa das pessoas; direito com referência ao Estado: Estado de direito.

De Plácido e Silva assim entende o termo em pauta:

“Em seu sentido objetivo, propriamente derivado do *directum* latino, o Direito, a que se diz de *norma agendi*, apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade”<sup>8</sup>.

E ainda complementa, na mesma página:

“Em seu sentido didático, é compreendido como a ciência que estuda as regras obrigatórias, que presidem as relações dos homens em sociedade, encaradas não somente sob o seu ponto de vista legal, como sob o seu ponto de vista doutrinário, abrangendo, assim, não somente o direito no seu sentido objetivo como subjetivo”.

José Afonso da Silva nos fala de “ordenação normativa da realidade”. Para ele, o direito é um fenômeno cultural, concreto, que surge em um momento determinado da história da humanidade. Mais precisamente, o autor entende que o direito é uma construção humana, um fenômeno histórico-cultural, uma realidade ordenada. Acrescenta dizendo que o direito pode ser público, social ou privado, e que dentre o rol de direitos públicos está o constitucional<sup>9</sup>, área de pesquisa da presente obra.

6 Grande dicionário larousse cultural da língua portuguesa, p. 250.

7 *Ibidem*, p. 326.

8 Vocabulário jurídico, p. 268.

9 Direito constitucional positivo, p. 35.

Por fim, chega-se ao estudo do termo *fundamental*. O dicionário Larousse Cultural traz a seguinte definição: “1. Que serve de base, de fundamento. – 2. Essencial, necessário. – 3. Determinante, decisivo. – 4. Profundamente arraigado”<sup>10</sup>. Não há novidades. Fundamental é aquilo muito importante, de relevância e necessidade.

Feita essa explanação preliminar, tratar-se-á agora do conceito de direitos fundamentais, o que já foi objeto de preocupação de renomados doutrinadores, destacando-se dentre eles José Afonso da Silva, Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior e José Joaquim Gomes Canotilho.

José Afonso da Silva refere-se a direitos fundamentais do homem, nestes termos:

“*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>11</sup>.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, como outros autores, levantam a polêmica sobre qual a nomenclatura mais adequada, tendo em vista que alguns autores falam em liberdades públicas, outros em direitos do homem e outros ainda em direitos subjetivos públicos. Porém, ressaltam que a expressão *direitos fundamentais* é a mais precisa, a mais abrangente e a utilizada pelo nosso ordenamento jurídico, ensinando que:

“*O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana*”<sup>12</sup>.

Por ser a expressão mais utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio, a expressão *direitos fundamentais* será a utilizada neste estudo.

O doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho faz duas interessantes observações quanto a direitos fundamentais. De início ele escreve que: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição”<sup>13</sup>.

Por tal introdução, Canotilho já deixa clara a necessidade de positivação constitucional para se falar em direitos fundamentais. Isso será ressaltado adiante, quando se tratar de direitos fundamentais e direitos humanos, destacando-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet.

A segunda observação de Canotilho é uma complementação da primeira, na qual o autor explica que:

“A positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser *elementos constitutivos da legitimidade constitucional*, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, << realidades jurídicas efectivas >> (ex.: catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas). Por outras palavras: a positivação jurídico-constitucional não

10 *Opus citatum*, p. 452.

11 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 182, inspirado em Antonio Enrique Pérez Luño, “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, in Pérez Luño, José Cascajo Castro, Benito de Castro Cid e Carmelo Gómez Torres, *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla: publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 23 e 24.

12 *Curso de direito constitucional*, p. 80.

13 *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353.

<<dissolve>> nem <<consome>> quer o momento de <<jusnaturalização>> quer as *raízes fundamentantes* dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”<sup>14</sup>

Assim, vê-se que a positivação dos direitos fundamentais não descaracteriza sua origem, nem os transforma em norma efetiva, mas permanecem ainda normas que visam à promoção da dignidade do homem, pendentes de outras ações, para que transformem, efetivamente, a realidade.

### Direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem

É notório o fato de vários autores se referirem ora a direitos fundamentais, ora a direitos humanos, quando não a direitos do homem, o que pode gerar dúvidas a respeito da terminologia. Seriam sinônimas? Ou seriam terminologias com significados diferentes? Diante de tal situação, mister se faz tecer breves comentários a respeito.

De Plácido e Silva conceitua direito humano como: “Designação dada a todo Direito instituído pelo homem, em oposição ao Direito que se gerou das revelações divinas feitas ao homem”<sup>15</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>16</sup> diz que na Constituição de 1988 há uma diversidade semântica quanto aos direitos fundamentais, No artigo 4º, III, a expressão utilizada é *direitos humanos*; na epígrafe do Título II e no artigo 5º, § 1º, fala-se em *direitos e garantias fundamentais*; no artigo 5º, LXXI, *direitos e liberdades constitucionais*; no artigo 60, § 4º, IV, mencionam-se *direitos e garantias individuais*. O autor explica que nosso constituinte usa o termo *direitos fundamentais*, inspirado principalmente na Lei Fundamental Alemã e na Constituição Portuguesa de 1976<sup>17</sup>, e faz uma interessante distinção entre os termos *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. No primeiro caso, diz que estão entendidos os “direitos naturais não, ou ainda não, positivados”. No segundo, os “direitos positivados na esfera do direito internacional”. Com a última expressão, o autor refere-se aos direitos “reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”<sup>18</sup>.

Percebe-se que, para o autor, há três fases: 1ª) aquela em que existe o direito natural, como por exemplo o direito à vida, porém não positivado, inexistente em qualquer ordenamento jurídico; são os direitos do homem; 2ª) uma segunda, na qual os direitos já foram positivados em algum documento internacional, porém ainda não reconhecidos em nenhuma Constituição; são os chamados direitos humanos; 3ª) a última, na qual os direitos estão positivados constitucionalmente: os direitos fundamentais.<sup>19</sup>

Canotilho não faz essa separação tão nítida como faz Sarlet, mas relata que “... A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo”<sup>20</sup>, o que não deixa de ir ao encontro da teoria de Sarlet, pois também faz referência à positivação do direito.

Após ver qual o melhor momento de usar as denominações *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, é importante também ter uma noção sobre a origem desses direitos que valorizam o homem. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet escreve:

“... a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã.

14 *Op.cit.*, p. 354.

15 *Vocabulário jurídico*, p. 274.

16 *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31.

17 *Ibidem*, p. 32.

18 *Ibid*, p. 34.

19 Neste sentido: J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353, citando Cruz Villalon, in: *Formación y evolución*, REDC, 1989, p. 41.

20 *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353.

Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.<sup>21</sup>

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior também ensinam no mesmo caminho:

“Os direitos fundamentais nasceram com o cristianismo. A doutrina cristã elevava o homem à situação de semelhança a Deus, indicando a igualdade como um dos pressupostos fundamentais. Assim, o ser humano foi alçado a um novo patamar de dignidade”.<sup>22</sup>

O embrião do ideal de valorizar a dignidade humana surge expresso nos livros sagrados do judaísmo, ou seja, no Antigo Testamento da Bíblia, com ênfase no livro do Gênesis, capítulo 1, versículo 26, onde o autor chega a dizer que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus<sup>23</sup>. Os livros do Antigo Testamento, também utilizados pelos cristãos, estão projetados nos livros do Novo Testamento, inclusive na intenção de valorizar a dignidade do homem, como na passagem do livro de Marcos, capítulo 12, versículos 30 e 31, em que o evangelista relata as palavras de Jesus a respeito dos dois grandes mandamentos:

“ *O primeiro de todos os mandamentos é este: Ouve, Israel, o Senhor nosso Deus é o único Senhor; amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, de todo o teu espírito e de todas as tuas forças. Eis aqui o segundo: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Outro mandamento maior do que estes não existe*’”.<sup>24</sup>

Vale ressaltar que, além dessas, há outras passagens bíblicas que prezam a valorização da vida humana. Curioso é saber que “o sentido da vida” é uma das chaves de interpretação, na qual se desfazem aparentes contradições, ou seja, quando uma passagem de um livro cristão se contrapõe, aparentemente, a outra, prevalece a que zela pelo sentido da vida humana.

Além da observação feita acima, é importante observar a existência da expressão *Direitos Públicos Subjetivos*, criada por Jellinek. A respeito, Jorge Reis Novais disserta:

“O expoente da teoria dos direitos subjectivos públicos foi, todavia, Jellinek, que fez desta construção um elemento indissociável da sua teoria da auto-limitação do Estado e do Estado de direito. Para Jellinek, nota distintiva do Estado moderno é o reconhecimento dos seus súbditos como pessoas, como sujeitos de direito capazes de reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado. (...) os direitos subjectivos públicos consistem, pois, (...) em pretensões jurídicas que resultam directamente de condições jurídicas”.<sup>25</sup>

No entanto, é usada neste trabalho apenas a expressão *direitos fundamentais*, por ser a mais conhecida, a mais usada pelos doutrinadores e a de mais fácil compreensão.

Importante também é estudar as gerações dos direitos fundamentais, ou dimensões, como é preferível, para, adiante, localizar a origem dos direitos abordados, do mesmo modo que se fará com suas características e classificação.

**Historicidade dos direitos fundamentais: direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta**

1 *Op. cit.*, p. 106.

22 *Curso de direito constitucional*, p. 82.

23 *Bíblia sagrada*, p. 49.

24 *Ibidem*, p. 1338.

25 *Contributo para uma teoria do estado de direito*, p. 79 e seguintes.

## dimensões

Relevante aspecto a ser abordado é a historicidade dos direitos fundamentais e suas dimensões, tendo em vista a necessidade de localização no tempo dos direitos a serem tratados, mais precisamente para saber se são esses de primeira, segunda ou terceira dimensão.

Os direitos fundamentais não surgiram de uma só vez, foram se aperfeiçoando no tempo, evoluindo de dimensão em dimensão.

Porém, antes de analisar as dimensões dos direitos fundamentais, mister se faz mencionar que alguns autores se utilizam do termo *gerações* ao invés de *dimensões*, gerando crítica de outros<sup>26</sup>. Por ser mais abrangente, é preferível usar o termo *dimensão*<sup>27</sup> em vez de *geração*, por isso falar-se-á em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões e não gerações, como alguns autores. Isso para não se ter a impressão de que uma geração posterior extingue a anterior, já que, ao contrário, o que ocorre é a evolução desta, complementada por aquela. Note-se o que diz Ingo Wolfgang Sarlet:

“... não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”.<sup>28</sup>

Em igual sentido, Pietro de Jesús Lora Alarcón menciona o seguinte:

“Acontece que, reiteremos, a proteção da vida do ser humano atravessou estágios de desenvolvimento. Trata-se de uma tutela que evolui na história, fruto dos avanços atingidos em vários planos, desde o biológico até o técnico-científico, o que ocasionou o surgimento de novas situações que afetam o homem, mas, também, e especialmente, do resultado de fortes movimentos econômicos-sociais, políticos e culturais, que desembocaram na consagração e evolução de verdadeiros direitos que são patrimônio da humanidade”.<sup>29</sup>

No Brasil, segundo Sarlet<sup>30</sup>, Paulo Bonavides pode ter sido o primeiro a criticar o termo *gerações de direito*<sup>31</sup>, porém outros doutrinadores vêm criticando o termo com frequência, nos dias de hoje.<sup>32</sup>

Adentrando o assunto, ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que: “A doutrina constitucional reconhece três níveis de direitos fundamentais, nomeados de primeira, segunda e terceira geração”.<sup>33</sup>

Para os autores, os direitos fundamentais de primeira geração (dimensão) são os de defesa do indivíduo perante o Estado, para impedir a concentração de poderes em uma ou algumas pessoas, bem como o seu comando arbitrário.<sup>34</sup>

26 Ingo Wolfgang Sarlet é um deles, inspirado em Eibe Riedel e Paulo Bonavides, como cita na obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50, nota 72.

27 Como também Ingo Wolfgang Sarlet, *op.cit.*, p. 49 e seguintes.

28 *Ibid.*, p. 50.

29 *Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988*, p. 57.

30 *Ibid.*, p. 50, nota 72.

31 Na obra: *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., Malheiros, 1997, p. 525.

32 Pietro de Jesús Lora Alarcón, na obra citada, p. 59, ensina: “Também por isso, em vez de gerações, alguns autores falam em *dimensões de direitos fundamentais*, visto que na evolução, como haverá de observar-se, os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva assumem uma outra dimensão, sem a qual é impossível entendê-los de maneira adequada”.

33 *Curso de direito constitucional*, p. 87.

34 *Ibid.*, *loco citatum*.

Utilizando também o termo *gerações* dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes conceitua os de primeira dimensão como “... os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*”.<sup>35</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, citando Paulo Bonavides, sintetiza o tema:

“... cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuídos, por vezes, conteúdo e significado diferenciados”.<sup>36</sup>

Antonio-Enrique Pérez Luño, ao falar sobre a origem dos direitos humanos, faz importante observação a respeito, confirmando as afirmações supra:

“Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho”.<sup>37</sup>

Pietro de Jesús Lora Alarcón complementa, dizendo que os direitos de primeira dimensão são “... direitos do particular, pois indicam e asseguram a situação jurídica do particular – um *status* jurídico material concretamente determinado, ainda que não ilimitado ...”<sup>38</sup>. Finalizando, acrescenta que são direitos de defesa, frente aos poderes estatais.<sup>39</sup>

Em suma, os direitos fundamentais de primeira dimensão são o reflexo da libertação do homem em relação ao poder do Estado, são a abstenção do arbítrio estatal frente ao exercício dos direitos civis (individuais) e políticos, protegendo o anseio de liberdade humana.

Quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior dissertam que “... são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais”.<sup>40</sup>

Alexandre de Moraes entende serem direitos fundamentais de segunda geração (dimensão) os sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século.<sup>41</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet, tais direitos se caracterizam:

“... por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa”.<sup>42</sup>

Tal posição é confirmada por Pietro de Jesús Lora Alarcón, ao dizer que tais direitos englobam “... o direito à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, dentre outros que representam a exigência do indivíduo com

---

35 *Op.cit.*, p. 52.

36 *Op.cit.*, p. 52.

37 *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, p. 14.

38 *Op. cit.*, p. 77.

39 *Ibid.*, *loc.cit.*

40 *Curso de direito constitucional*, p. 88.

41 *Direito constitucional*, p. 52.

42 *Op.cit.*, p. 52-53, *passim*.

relação ao Estado, em busca da dignidade para sua vida”<sup>43</sup>.

Em resumo, pode-se dizer que os direitos fundamentais de segunda dimensão preocupam-se com as necessidades do ser humano, agora reclamando uma atuação estatal para superar as carências individuais e sociais. É a política dos direitos sociais, econômicos e culturais, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

Sendo assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais de segunda dimensão protegem o anseio pela satisfação das necessidades humanas.

Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, para Luiz Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a preocupação agora não é mais com a liberdade, nem com as necessidades humanas, mas sim com sua razão de existir, tendo como essência os sentimentos de solidariedade e fraternidade, resultado de uma conquista da humanidade, que tende a ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.<sup>44</sup>

Alexandre de Moraes entende que são os “... *chamados* direitos de solidariedade ou fraternidade, *que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos...*”<sup>45</sup>.

Ainda sobre os direitos fundamentais de terceira dimensão, Norberto Bobbio<sup>46</sup> esclarece:

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”.

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma ressalva quanto aos direitos fundamentais de terceira geração:

“... também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”<sup>47</sup>.

Para Antonio-Enrique Pérez Luño:

“... los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada <<contaminación de las libertades>> (liberties' pollution), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”.

---

43 *Op. cit.* p. 79.

44 *Op.cit.*, p. 88.

45 *Op.cit.*, p. 52-53, *passim*.

46 *A era dos direitos*, p. 6.

47 *Op.cit.*, p. 53-54, *passim*

Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón, a literatura jurídica parece encaminhar-se no sentido de compreender os direitos fundamentais de terceira geração como "... direitos de grupos humanos, a família, a nação ou a Humanidade como um todo".<sup>48</sup>

É possível, então, entender os direitos fundamentais de terceira dimensão como os que visam a proteger o futuro da humanidade, vendo o ser humano como gênero, incentivando a solidariedade e a fraternidade. Em síntese, protegem o anseio pela paz mundial.

Na Constituição Federal é possível encontrar os direitos fundamentais das três dimensões consagradas pela doutrina<sup>49</sup>. Vê-se que no Capítulo II há direitos de proteção à vida, à liberdade, à prosperidade, ao princípio da igualdade, aos direitos e garantias políticas e aos direitos sociais, os quais integram direitos de primeira e segunda dimensão. Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, verifica-se a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, citada no artigo 225, a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito a receber informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII).

No tocante aos direitos fundamentais de quarta dimensão, Ingo Wolfgang Sarlet alega que tais direitos ainda necessitam de consagração na esfera internacional e também das ordens constitucionais internas<sup>50</sup>, mas a cada dia aumenta seu estudo na literatura jurídica.

Norberto Bobbio refere-se aos possíveis direitos de quarta geração como os que visam a proteger os efeitos traumáticos das pesquisas biológicas que permitem a manipulação genética do indivíduo.<sup>51</sup>

Pietro Alarcón também trata de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, assim dissertando:

"Após a Segunda Guerra Mundial, os avanços na manipulação de sementes e animais tornaram possível a aparição de espécies superdesenvolvidas. Tais progressos não podem ser considerados indícios de uma nova dimensão de direitos. É que, em tais casos, não se tratava diretamente da vida humana, objeto do Direito. O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e, ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética".

E complementa:

"É precisamente o fato de causar uma tal repercussão no entendimento tradicional desses pilares da ordem jurídica internacional – vida, igualdade, liberdade e propriedade – que justifica a arguição da aparição incontestável de uma quarta dimensão de direitos fundamentais".<sup>52</sup>

Resumidamente, os direitos de quarta dimensão estão se caracterizando como os direitos que visam a proteger a vida, a igualdade, a liberdade e a propriedade da manipulação genética.

Mas as tentativas de se ampliarem as dimensões dos direitos fundamentais não param por aí. Ingo Sarlet<sup>53</sup> cita que José Alcebíades de Oliveira Jr.<sup>54</sup> sustenta a existência de uma quinta geração (dimensão) de direitos. Porém essa idéia não encontra respaldo entre a maioria dos doutrinadores.

48 *Op. cit.*, p. 80.

49 Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 74.

50 *Op. cit.*, p. 55.

51 *Op. cit.*, p. 6.

52 *Op. cit.*, p. 92-93, *passim*.

53 *Op. cit.*, p. 55, nota 90.

54 Na obra: *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000, p. 97.

Feito esse apanhado sobre as dimensões dos direitos fundamentais, passa-se agora a tratar das suas características.

### Características dos direitos fundamentais

Ressaltando a importância da historicidade dos direitos fundamentais, cumpre fazer uma explanação sobre as suas características, para facilitar a compreensão dos direitos abordados adiante, mais especialmente o direito de cidadania e o princípio da igualdade.

O estudo realizado neste tópico baseia-se nos ensinamentos de José Afonso da Silva e Ingo Sarlet, mas, sobretudo, nos de Walter Claudius Rothenburg, por ele ter redigido artigo especial sobre o tema “Direitos Fundamentais e suas Características”, oportunidade em que elencou os seguintes caracteres dos direitos fundamentais:<sup>55</sup> a) fundamentalidade; b) universalidade e internacionalização; c) inalienabilidade; d) indivisibilidade; e) historicidade; f) positividade e constitucionalidade; g) sistematicidade, inter-relação e interdependência; h) abertura e inexauribilidade; i) projeção positiva; j) perspectiva objetiva; l) dimensão transindividual; m) aplicabilidade imediata; n) concordância prática ou harmonização; o) restringibilidade excepcional; p) eficácia horizontal ou privada; q) proibição de retrocesso; r) maximização ou efetividade.

Quanto à fundamentalidade, Rothenburg afirma que os direitos fundamentais constituem a base do ordenamento jurídico, merecendo ter ressaltada sua originalidade, visto serem os primeiros a se levar em conta “...na compreensão do sistema jurídico”.<sup>56</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

“... intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do jusfilósofo alemão R. Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, 'aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material'. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais...”.<sup>57</sup>

A fundamentalidade, portanto, é a característica por excelência dos direitos fundamentais, dispensando até maiores comentários pela clareza do termo.

Quanto à universalidade e à internacionalização, Rothenburg<sup>58</sup> ensina que a primeira reflete a idéia de atributos inerentes à condição humana, porém o conteúdo de tais direitos deve ficar a cargo da consciência desenvolvida de cada comunidade, de acordo com o contexto histórico contemporâneo, para não imperar a

<sup>55</sup> *Revista de direito constitucional e internacional*, nº 30, p. 146-158, *passim*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>57</sup> *Op.cit.*, p. 82-83, *passim*.

<sup>58</sup> *Op.cit.*, p. 147.

massificação e a opressão. No que toca à internacionalização, afirma que os direitos fundamentais se internacionalizam, bem como adquirem concepção universalista, de modo que os cidadãos “... passam a ter reconhecida a possibilidade de acesso direto às instâncias internacionais (sujeição ativa), são ainda os Estados sujeitos à responsabilidade pelas violações (sujeição passiva)”.<sup>59</sup>

A inalienabilidade, como o próprio nome faz perceber, trata-se da impossibilidade de alguém se desinvestir-se de seus direitos fundamentais, podendo até não exercitá-lo, na prática, mas nunca perder a capacidade de gozo, o que o torna imprescritível.<sup>60</sup>

Quanto à indivisibilidade, Rothenburg faz a análise sob dois ângulos diferentes: o de cada direito fundamental e o de diversos direitos fundamentais.<sup>61</sup> O primeiro caso, segundo o autor “... constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar...”, exemplificando que seria impossível aplicar a liberdade de ensino impondo o método didático sem uma eleição de qual seria o mais adequado. No segundo caso o autor inclui as situações em que não se podem aplicar apenas alguns direitos fundamentais, tendo em vista a “... necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias de direitos fundamentais...”. Desse modo, o autor deixa explícita a indivisibilidade dos direitos fundamentais nos dois aspectos acima citados.

Como já visto, outra característica dos direitos fundamentais, citada por Rothenburg, é a historicidade, ou seja, os direitos fundamentais clássicos vão se aperfeiçoando, ao mesmo tempo em que os novos são fixados, “... firmando-se um repertório de direitos fundamentais que constitui patrimônio comum da humanidade”.<sup>62</sup>

Norberto Bobbio também afirma que os direitos fundamentais são direitos históricos:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>63</sup>

Como exemplo da historicidade de direito fundamental, pode ser lembrada a igualdade de direitos entre homens e mulheres que, no Brasil, nem sempre foi um direito fundamental, estando hoje sacramentado em favor da mulher.

Positividade e constitucionalidade são outras características citadas por Rothenburg, e já comentadas nos tópicos anteriores, sendo a primeira a inserção de tais direitos no ordenamento jurídico e a segunda a consequência da existência de um nível hierárquico das normas, estando os direitos fundamentais insertos entre as constitucionais.

Quanto à sistematicidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais, o autor relata que houve a necessidade de serem compreendidas de modo organizado, sendo antes pela doutrina e depois pelos ordenamentos jurídicos sistematizados. Afirma ainda que, pela inter-relação, os direitos fundamentais interagem, de modo a se influenciarem reciprocamente, “... devendo ser sopesados por ocasião de concorrência ou colisão entre si”<sup>64</sup>. Isso acaba por provocar a mútua dependência (interdependência) dos referidos direitos, “... porque o conteúdo de certos deles vincula-se ao de outros, complementando-se os diversos direitos fundamentais e uns mostrando-se desdobramentos de outros”.<sup>65</sup>

São também características dos direitos fundamentais a abertura e a inexauribilidade, segundo

---

59 *Op.cit.*, p. 148.

60 *Op.cit.*, p. 148.

61 *Op.cit.*, p. 149.

62 *Op.cit.*, p. 149.

63 *Op.cit.*, p. 5.

64 *Op.cit.*, p. 150.

65 *Op.cit.*, *loc. cit.*

Rothenburg, uma vez que possuem a possibilidade de se expandir, devendo sua interpretação ser ampliativa. Além disso, o catálogo dos direitos fundamentais nunca é exaustivo, podendo sempre ser acrescidos novos direitos fundamentais nesse rol.

A projeção positiva dos direitos fundamentais reflete a ação que “... proporcione a satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados...”,<sup>66</sup> deixando de lado, para o autor, a idéia de direitos de defesa, como na origem.

A perspectiva objetiva significa que os direitos fundamentais “... não se resumem a um enfoque sob a ótica das posições subjetivas conferida a seus titulares: servem também para a construção de situações jurídico-objetivas que concorram ao atendimento das expectativas por eles fomentadas”.<sup>67</sup> Assim, os direitos fundamentais, a exemplo do direito de propriedade individual, limitam a atuação de órgãos considerados grandes, como os estatais, e atribui deveres a eles, de maneira a proporcionar também dignidade humana em âmbito coletivo. Outro exemplo é o da proteção ao meio ambiente.

A dimensão transindividual diz respeito à realidade de os direitos individuais superarem a dimensão individual de cada pessoa. Tal característica Rothenburg define assim:

“São situações jurídicas que podem ser encaradas inclusive sob o ângulo subjetivo (direitos subjetivos), porém articuladas por sujeitos de representatividade metaindividual (como o cidadão em nome da coletividade, as associações, os entes públicos) e cujas conseqüências atingem todos, com repercussão temporal que ultrapassa a existência de uma geração”.<sup>68</sup>

Então, percebe-se que os direitos fundamentais devem prevalecer em favor de todos os tutelados pelo ordenamento jurídico de um país, mesmo que questionado, eventualmente, por um único indivíduo. Por exemplo, se um vizinho exercita seu direito de ação para ver triunfar seu direito de cidadania, tal direito deve alcançar a todos, indistintamente.

Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, independem de qualquer outra norma para vigorar, porém a estrutura normativa e as limitações práticas “... impõem temperos à pretensão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, devendo ser compreendida como tentativa máxima, em que se envidam esforços para extrair um conteúdo satisfatório da previsão normativa e não se toleram pretextos impeditivos da plena eficácia”.<sup>69</sup> Como exemplos de limitação, o autor cita os casos de greve na administração pública e a limitação de taxa de juros (art. 192, § 3º).<sup>70</sup>

A concordância prática ou a harmonização dos direitos fundamentais exige um esforço do intérprete para não sacrificar definitivamente qualquer direito fundamental. “A concorrência ou a colisão (oposição) de direitos fundamentais não pode acarretar o sacrifício definitivo de algum deles, sendo resolvidas, na prática, através do critério da proporcionalidade, buscando-se o máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos”.<sup>71</sup>

A restringibilidade excepcional obriga que a interpretação das restrições dos direitos fundamentais seja limitada, para não serem eles diminuídos pela interpretação e por normas infraconstitucionais. “... Enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição”.<sup>72</sup>

A eficácia horizontal ou privada tem como conseqüência a observância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*erga omnes*). A eficácia horizontal está ao lado da clássica eficácia vertical, que

---

66 *Op.cit.*, p. 152.

67 *Op.cit.*, *loco citatum*.

68 *Op.cit.*, p. 153.

69 *Op.cit.*, p. 154.

70 Nesses casos não se aplicam imediatamente, necessitando de outras normas para se tornarem efetivas.

71 *Op.cit.*, p. 155.

72 *Op.cit.*, *loc. cit.*

obriga a observância pelo Poder Público, porém seu efeito é diverso e até menos enérgico, admitindo, por exemplo, que um empresário possa escolher um empregado que lhe seja mais simpático.

A proibição de retrocesso significa que, uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais não podem mais ser desprezados. Assim, “... os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos: o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação”.<sup>73</sup> Isso é o que este trabalho busca preservar, especialmente com o direito de cidadania e o princípio da igualdade.

A maximização ou efetividade dos direitos fundamentais ocorre porque se deve extrair deles o máximo possível de conteúdo e realização. “... Há de se ter em vista que a elaboração teórica dos direitos fundamentais encontra-se bastante apurada mas, infelizmente, não se faz acompanhar de uma prática efetiva”.<sup>74</sup>

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais possuem quatro caracteres: a) historicidade; b) inalienabilidade; c) imprescritibilidade; d) irrenunciabilidade.<sup>75</sup>

A característica de historicidade decorre do fato de eles nascerem, modificarem-se e desaparecerem, como os demais direitos. “Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se com o correr dos tempos”.<sup>76</sup>

Inalienáveis por serem “... intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial”.<sup>77</sup>

Imprescritíveis porque “em relação a eles não se verificam requisitos que importem prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis”.<sup>78</sup>

Irrenunciáveis porque os direitos fundamentais não comportam renúncia. “Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.<sup>79</sup>

Após esta abordagem sobre as características dos direitos fundamentais, passa-se ao estudo de sua classificação.

### **Classificação dos direitos fundamentais**

Um dos constitucionalistas mais respeitados na atualidade a tratar da classificação dos direitos fundamentais é José Afonso da Silva. Para ele, os direitos fundamentais se classificam em: a) direitos individuais; b) direitos coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e) direitos políticos.<sup>80</sup>

Nossa Constituição Federal separou o Título II para tratar dos direitos e garantias fundamentais, contendo, no Capítulo I, os direitos e deveres individuais e coletivos; no Capítulo II, os direitos sociais; no Capítulo III, os direitos à nacionalidade; no Capítulo IV, os direitos políticos; e, no Capítulo V, os partidos políticos.

Os direitos individuais são encontrados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como os direitos coletivos. Os direitos sociais estão dispostos nos artigos 6º e 193 e seguintes da Constituição. O direito à nacionalidade está previsto no artigo 12 e os direitos políticos nos artigos 14, 15, 16 e 17.

---

73 *Op.cit.*, p. 156.

74 *Op.cit.*, p. 157.

75 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 185-186, *passim*.

76 *Ibidem*, p. 185.

77 *Ibid.*, p. 185.

78 *Ibid.*, *loc. cit.*

79 *Ibid.*, *loc. cit.*

80 *Ibid.*, p. 187.

Em Portugal os direitos fundamentais se dividem em dois: a) direitos, liberdades e garantias (Título II); b) direitos económicos, sociais e culturais (Título III). Aqueles possuem força jurídica privilegiada, por serem diretamente auto-aplicáveis e por estarem incluídos no rol das chamadas “cláusulas pétreas”. No Brasil todos os direitos fundamentais possuem o mesmo regime jurídico.<sup>81</sup>

Edilson Pereira de Farias, inspirado em Jellinek e baseado em Robert Alexy, expõe sua classificação dos direitos fundamentais, dividindo-os em direitos fundamentais de defesa; direitos fundamentais a prestações, estes subdivididos em direitos fundamentais a prestações jurídicas e a prestações materiais; direitos fundamentais de participação.<sup>82</sup>

Quanto aos direitos fundamentais de defesa, disserta o autor que são direitos de primeira geração (dimensão), referindo-se às liberdades individuais.<sup>83</sup> Os direitos fundamentais a prestações são os referidos como os de segunda geração (dimensão); são os conhecidos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, entre os artigos 6º e 11.<sup>84</sup> Tais direitos o autor subdivide em direitos fundamentais a prestações jurídicas, frente ao Estado, no sentido de que este elabore normas ou pratique atos jurídicos visando à tutela do direito do cidadão; e direitos fundamentais a prestações materiais, que visam, como a própria denominação diz, a obrigar o Estado a fornecer determinadas prestações materiais. Os direitos fundamentais de participação, por sua vez, possuem características mistas dos anteriores, por visarem à garantia de participação dos cidadãos na vida política do país.<sup>86</sup>

De maneira semelhante, Ingo Wolfgang Sarlet entende que o melhor critério de classificação dos direitos fundamentais é o funcional<sup>87</sup>, dividindo-os da seguinte maneira: I) direitos fundamentais como direitos de defesa; II) direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Como direitos a prestações, os direitos fundamentais se subdividem em: 1) sentido amplo, incluindo: a) os direitos de proteção; b) os direitos à participação na organização e procedimento; 2) sentido estrito, que são os direitos a prestações materiais sociais, aplicando-se, em ambos, a distinção entre os direitos derivados e os originários à prestação.<sup>88</sup>

Em síntese, a classificação de Sarlet é a seguinte:<sup>89</sup>

- I) direitos fundamentais como direitos de defesa;
- II) direitos fundamentais como direitos a prestações;
  - 1) sentido amplo;
    - a) os direitos de proteção;
    - b) os direitos à participação na organização e procedimento;
  - 2) sentido estrito.

A classificação de Sarlet difere da classificação de Edilson Pereira de Farias quanto aos direitos fundamentais de participação, uma vez que Farias os coloca em posição destacada, como sendo um misto de direitos de defesa e de direito a prestações, e Ingo Sarlet inclui os direitos fundamentais de participação dentre os direitos fundamentais a prestações.

---

81 Ingo Wolfgang Sarlet, *ibid.*, p. 166-167, *passim*.

82 *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem 'versus' a liberdade de expressão e informação*, p. 104-116, *passim*.

83 *Ibid.*, p. 104.

84 *Ibid.*, p. 107.

85 *Ibid.*, p. 111.

86 *Ibid.*, p. 115.

87 *Op. cit.*, p. 169-170, *passim*.

88 *Ibid.*, p. 174-175, *passim*.

89 Essa é uma síntese do pensamento do autor, para facilitar a compreensão de seu ensinamento.

Após esta abordagem sobre a classificação dos direitos fundamentais, é válido relatar dois pontos interessantes abordados por Ingo Wolfgang Sarlet, um positivo, outro negativo.

Como ponto positivo, o autor destaca que:

“... a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional”.<sup>90</sup>

Como ponto negativo, observa o seguinte:

“A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensinando problemas de ordem hermenêutica”.<sup>91</sup>

Porém, é o ponto positivo que deve ser mais valorizado, pois os direitos fundamentais estão se efetivando no dia-dia de nossa sociedade. Mesmo que em proporção menor que a necessária, o importante é que isso vem acontecendo progressivamente.

Além disso, Sarlet<sup>92</sup> destaca alguns direitos fundamentais previstos fora do catálogo, ou seja, do Capítulo II, da Constituição Federal de 1988, separando os do campo dos direitos de defesa (direitos de liberdade e igualdade e os demais de cunho negativo) daqueles do campo dos direitos sociais.

Entre os direitos fundamentais de defesa, o autor cita os seguintes exemplos: a) artigo 37, I, o “... direito de igual acesso aos cargos públicos”; b) artigo 37, VI e VII, os “... direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos”; c) artigo 41, o “... direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo”; d) os artigos 14, III e 61, § 2º, que tratam sobre a “... legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa”; e) artigo 93, IX, a “... garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais”; f) artigo 150, I a VI, as “... limitações constitucionais ao poder de tributar”; g) artigo 220, o “... direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação”; h) artigo 226, § 5º, a “... igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges”; i) artigo 227, § 6º, “... o direito dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório”.

É válido ressaltar que, até antes da vigência da Emenda Constitucional 45/04, houve uma interessante discussão sobre a maneira de serem introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais pela via dos tratados internacionais. A respeito, Sarlet chegou a dissertar o seguinte:

“... parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos de regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por essa razão, acabem tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcial desvirtuado”.<sup>93</sup>

Pelo que se vê, nosso constituinte originário deu uma importância tão grande aos direitos e garantias fundamentais que, pelo artigo 5º, § 2º, até antes da Emenda 45, eles, mesmo não estando expressos na Constituição Federal, possuíam *status* constitucional, e ainda mais, de cláusulas pétreas, por força do

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 74-75, *passim*.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 127-129, *passim*.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 135.

artigo 60, § 4º, mesmo se fossem introduzidos no ordenamento jurídico com *quorum* de lei ordinária.

Sarlet ainda afirmava que o artigo 5º, § 2º, “... outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos”.<sup>94</sup>

O mesmo autor,<sup>95</sup> citando Maurício Antônio Ribeiro Lopes, relatava o seguinte:

“Neste sentido o entendimento de M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 183 e ss., sustentando que também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos integram as “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, de modo especial em face de sua estreita vinculação com os princípios fundamentais do Título I (especialmente art. 1º, *caput*, e incs, II e V), que consagram o princípio democrático, o princípio da soberania popular, o pluralismo político, etc”.

Porém, hoje a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, fez introduzir o § 3º ao artigo 5º, estabelecendo o seguinte:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.<sup>96</sup>

A intenção do atual constituinte é fazer ter força de emenda constitucional apenas os tratados e convenções internacionais aprovados por três quintos dos votos dos membros do Congresso. Mesmo assim, observa-se que o direito de voto, e o direito de cidadania (direitos políticos) integram o rol de direitos fundamentais (direitos e garantias individuais), pelo que tem fundamento a afirmação abaixo transcrita:

“Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)”.<sup>97</sup> (Grifo nosso).

Portanto, o direito de cidadania passa a ter força de cláusula pétrea, com a função de também impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição,<sup>98</sup> corroborando com o fortalecimento daqueles que são os mais importantes dentre todos os direitos, os fundamentais.

94 Ingo Wolfgang Sarlet, *op.cit.*, p. 131.

95 *Ibid.*, p. 385, nota 490.

96 Pesquisa feita no site [www.presidencia.gov.br/legislação](http://www.presidencia.gov.br/legislação), acesso em 04, de maio de 2005.

97 *Ibid.*, p. 385-386, *passim*.

98 *Ibid.*, p. 387.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e autonomia dos municípios na nova constituição. 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do direito comparado. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980. (original francês)
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- ARGENTINA. CONSTITUIÇÃO (1994). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural e Brasiliense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- . (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1º - 1988, v. 2º - 1992, v. 3º - 1993.
- BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JUNIOR, Odilon (Coors.) *Novos rumos da autonomia municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- BÍBLIA SAGRADA: tradução dos originais mediante a versão dos monges de Maredsous (Bélgica) pelo centro bíblico católico*. 52ª ed., São Paulo: Ave Maria, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- . *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- . *Igualdade e liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- BOLÍVIA. CONSTITUIÇÃO (1995). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

- BORJA, Rodrigo. *Derecho político*. 2ª ed., 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil: compilação e atualização de textos, notas, revisão e índices*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernando. *Direito e democracia*. [São Paulo]: Max Limonad, 1997.
- CAMPOS, German J. Bidart. *Casos de derechos humanos*. Buenos Aires: Sociedad Anônima, 1997.
- CÂNDIDO, Joel. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, [     ].
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIRE, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld. *Vedação de propaganda institucional em período eleitoral*. Jus Navegandi <[www.jusnavegandi.com.br/doutrina/direito eleitoral/propagandaeleitora](http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/direito eleitoral/propagandaeleitora)>, acesso em 19 de outubro de 2005.
- CHILE. CONSTITUIÇÃO (1980). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.
- COLÔMBIA. CONSTITUIÇÃO (1991). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.
- CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS*. Brasília: Senado Federal, 1987.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- . *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade- direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- COSTA, Antônio Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Campinas: Bookseller, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 1995.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

EQUADOR. CONSTITUIÇÃO (1998). Senado Federal <www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras>, acesso em 26 de setembro de 2005.

ESPANHA. CONSTITUIÇÃO (1978). 11<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CONSTITUIÇÃO (1787). Embaixada dos Estados Unidos da América <www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituições/estrangeiras>, acesso em 03 de outubro de 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem 'versus' a liberdade de expressão e informação*. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Coleção Biblioteca de Direito Constitucional).

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. *Curso de direito constitucional*. 26<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FRANÇA. *A constituição da França* (1982). 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Embassade de France, 1982.

*GRANDE DICIONÁRIO LAROUSSE CULTURAL DA LÍNGUA PORTUGUESA*. São Paulo, Nova Cultural, 1999.

GORJÃO-HENRIQUES. MIQUEL. *Constituição europeia*. 1<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. (original alemão).

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Estudo preliminar de Pablo Lucas Verdu. Tradução Christian Förster. Revisada por Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (original alemão)

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimonio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

———. A democracia semidireta na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n<sup>o</sup> 33, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2000. (Coleção pesquisas tributárias. Nova série).

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- . *Direito municipal brasileiro*. 12<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3<sup>a</sup> ed., 10<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MIRANDA, Jorge; CASTELA, Jorge; BRAGA, Armando. *Constituição da república portuguesa e o estatuto do tribunal penal internacional*. Lisboa: Vida Econômica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra editora, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- . *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- . (Coord.). *Os 10 anos da constituição federal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOTTA, Marianna Martini. *A interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da inelegibilidade reflexa*. Jus Navegandi <[www.jusnavegandi.com.br/doutrina/direitoeleitoral](http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/direitoeleitoral)>, acesso em 09 de julho de 2004.
- MOURA, Carlos Eduardo Boiça de. *Natureza jurídica do mandato político* (Dissertação de Mestrado). Bauru: Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação, 2002.
- MOURÃO, Laís de Almeida (Coord.). *Eleições municipais de 2004: manual do candidato*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cepam e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 3<sup>a</sup> ed., Londrina: UEL, 2001.
- NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Régis de. *Lei de responsabilidade fiscal*. Revista meio jurídico. São Paulo: Meio Jurídico, n<sup>o</sup> 41: p. 16-17, 2001.
- PACHECO, Marília (Org.). *Compêndio de legislação eleitoral e partidária; eleições municipais 1996*.

Brasília: Grafisa, 1996.

PARAGUAI. CONSTITUIÇÃO (1992). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF*. São Paulo: atlas, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (original em francês).

PERU. CONSTITUIÇÃO (1993). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras)>, acesso em 26 de setembro de 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PORTUGAL (1976). Senado Federal [www.consulados.com.br/uruguai/governo/consituiciodelarepublica](http://www.consulados.com.br/uruguai/governo/consituiciodelarepublica); acesso em 03/10/05.

RAMIREZ, Manuel. *La participacion política*. Madrid: Tecnos, 1993.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia estado democrático: estudos*. São Paulo: LTr. 1993.

ROSSI, Sérgio Ciquera (Coord.). *Manual básico da lei de responsabilidade fiscal: lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, instruções nº 01/2000, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

———. *Direitos fundamentais e suas características*. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 30, 2000.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (original italiano).

SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

———. *Competências legislativas municipais*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Que es la democracia?*. Bogotá: Altamir, 1994.

SCHMITT, Paulo Marcos. *Regime jurídico e princípios do direito desportivo*. Portal do direito desportivo <[www.portaldodireitodesportivo.com.br](http://www.portaldodireitodesportivo.com.br)>, acesso em 19 de outubro de 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Edson Jacinto da. *Manual do assessor jurídico municipal*. 2<sup>a</sup> ed., Leme: Led, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: Ltr, 1999.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da república portuguesa comentada: introdução teórica e histórica, anotações, doutrina e jurisprudência, lei do tribunal constitucional*. Lisboa: Lex, 2000.

TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coordenadores). *Constituição federal 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

URUGUAI (1967). Senado Federal [www.consulados.com.br/uruguai/governo/consituiondelarepublica/](http://www.consulados.com.br/uruguai/governo/consituiondelarepublica/); acesso em 03/10/05.

VASCONCELOS NETO, José Ramos de. *Democracia no terceiro milênio*. São Paulo: Nobel, 2002.

VENEZUELA (1999). Senado Federal <[www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras](http://www.senado.gov.br/bibliotecavirtual/constituicoes/estrangeiras)>, acesso em 03 de outubro de 2005.

## O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A EDUCAÇÃO COMO PROMOTORA DE LIBERDADE E IGUALDADE

Marcelo de Oliveira Burgati<sup>1</sup>

1. Introdução – 2. Liberdade e Igualdade – 3. Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente – 4. A educação como promotora da liberdade e igualdade – 5. Conclusão – 6. Bibliografia

**Resumo:** A educação tem se demonstrado uma importante mola impulsionadora do desenvolvimento econômico em muitos países, em especial nos mais pobres. Assim, é o principal fator a proporcionar às pessoas menos favorecidas oportunidades de ascensão sociocultural e econômica o que os conduzirá a uma maior consciência crítica em relação ao meio em que vivem libertando-os das amarras da ignorância e promovendo maior igualdade entre as pessoas. Inúmeros trabalhos irão demonstrar a correlação entre nível educacional e condições socioeconômicas. O Estatuto da Criança e do Adolescente é importante instrumento nessa luta no Brasil, pois fixa obrigações do Estado em relação à educação e proporciona meios legais de se exigir do poder público a implementação de políticas educacionais que propiciem as condições necessárias para o alcance desses objetivos. Pois é a infância e juventude a principal fase da formação educacional das pessoas, mas mesmo que feita tardiamente a educação ainda assim irá contribuir para o crescimento delas em todos os aspectos aqui mencionados. A partir da hipótese de que a educação proporciona liberdade e maior igualdade concluímos, por meio de pesquisa doutrinária e documental, a veracidade da proposição.

**Palavras-chave:** Educação. Liberdade. Igualdade.

**Abstract:** Education has been shown to be an important driving spring of economic development in many countries, especially the poorest. Therefore, it is the main factor to provide people with opportunities to poor people to rise both socio-cultural and economically which will lead them to greater critical awareness of the environment they live in freeing them from the shackles of ignorance and promoting greater equality between people. Countless studies will demonstrate the correlation between educational level and socio-economic conditions. Brazil's Statute for Children and Adolescents is an important tool in the fight against ignorance cause it bonds government to the duty of providing education and provides legal means to require the government the implementation of educational policies that provide the necessary conditions for the poorest to achieve better knowledge. It is in childhood and youth the main phase of the educational background of the people, but even in older age it still will contribute to their growth in every aspect mentioned before. This work concluded by means of doctrinal and documentary research that education provides freedom and greater equality.

**Keywords:** Education. Freedom. Equality.

### 1 Introdução

Diante das grandes transformações que o mundo contemporâneo tem passado é de grande importância ter conhecimento de realidades que, no passado, significaram e, no presente, ainda significam passos relevantes no sentido da garantia de um futuro melhor para todos e a educação é um desses espaços que não perderam e nem perderão sua atualidade. (CURY, 2002)

A busca pela liberdade e igualdade está presente na história da humanidade desde tempos imemoriais e um dos instrumentos para essa conquista é a educação.

Educar o homem para o mundo e com o mundo, para Arendt (*apud* Almeida, 2008) “a educação tem basicamente duas tarefas: (1) introduzir os novos num mundo que os antecede e sempre é mais velho

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Medicina Forense da Faculdade de Educação, Ciências e Artes Dom Bosco de Monte Aprazível-SP, Mestre em Direito (Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, UNIVEM), Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UNIRP).

do que eles; e (2) contribuir para que eles desenvolvam sua singularidade, aquilo que tem de único e novo para o mundo.”

A educação desperta para o homem a possibilidade de entender o mundo, preservá-lo e modificá-lo para melhor, cada ser é único e pode com sua “singularidade” contribuir para a construção de um mundo novo e que tem a possibilidade de se renovar a cada nascimento.

A ausência de educação adequada escraviza a pessoa em sua ignorância e a impede de exercer sua plena cidadania, seja ela política ou social.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é instrumento de grande valia para a concretização e desenvolvimento da educação no Brasil, as determinações contidas nele, se bem cumpridas, seja pelas autoridades públicas, pela sociedade ou mesmo pela família, levarão, invariavelmente, ao crescimento da nação e conduzirão as pessoas a conquistas individuais, seja no campo intelectual, moral, político ou mesmo financeiro, na medida em que promovem a liberdade e levam a maior igualdade.

Para Paulo Freire (2011) “Não há educação fora das sociedades humanas e não há homem no vazio.” E, como o mesmo autor diz essa educação deve ser “crítica e criticizadora”, não pode ser “depositária”, “narrativa”, “bancária” como a encher os educandos como “vasilhas”, recipientes a serem “enchidos” com seus “depósitos”.

É preciso despertá-los para o mundo ao seu redor, porém de forma imparcial para não torná-los escravos do pensamento alheio ou, como disse ROSTAND, (*apud* PERRENOUD, 2002, p. 173) devemos “Formar as mentes sem conformá-las, enriquecê-las sem doutriná-las, armá-las sem recrutá-las, comunicar-lhes uma força, seduzi-las verdadeiramente para levá-las a sua própria verdade, dar-lhes o melhor de si mesmo sem esperar esse ganho que é a semelhança.”

Propomos nesse texto um breve raciocínio sobre a possibilidade/necessidade de que as pessoas possam ser realmente mais livres e buscar mais igualdade por meio da educação.

## 2 Liberdade e Igualdade

Professor José Sergio Fonseca de Carvalho em seu artigo “A liberdade educa ou a educação liberta” questiona a que noção de liberdade se refere à relação entre ação educativa e liberdade?

À corrente entre os antigos, concebida como um *status* político, na qual o “homem livre” é aquele dotado dos direitos da cidadania? Ou à concebida pelos modernos, inicialmente centrada no direito dos indivíduos às liberdades civis (de opinião, de credo religioso etc.) e progressivamente estendida para outras esferas nas quais o indivíduo livre é concebido como aquele capaz de fazer escolhas próprias a partir de seu livre-arbítrio e de sua consciência? Ou ainda a liberdade como vivência escolar, tal como sugerem os discursos das chamadas pedagogias 'não diretivas' em suas críticas às 'escolas tradicionais'? E ainda, com que noções de educação e práticas educativas estamos lidando? (CARVALHO, 2010 p. 2)

Vários são os conceitos de liberdade, como a do minidicionário escolar Michaelis “1 Estado de pessoa livre e isenta de restrição externa ou coação física ou moral. 2 Poder de exercer livremente a sua vontade. 3 Condição do ser que não vive em cativeiro. 4 Independência, autonomia. 5 Ousadia. 6 Permissão.”, ou ainda no minidicionário de Francisco da Silveira Bueno “Liberdade: Condição de uma

pessoa poder dispor de si; faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa; livre-arbítrio; faculdade de praticar tudo aquilo que não é proibido por lei; o uso dos direitos do homem livre”.

Para Hobbes (2002, p. 101) “Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, (...)”

Oscar Vilhena ao se referir as liberdades chamadas positivas, diferentemente das negativas ou de não intervenção, como a de Hobbes, nos traz que:

No plano político essa liberdade racional se dá pela participação no debate e na formação da razão pública, que sobre todos deve se impor. A necessidade de coordenação social impõe o surgimento de um âmbito de autoridade. Diferentemente dos que reivindicam a supremacia da liberdade negativa - ou seja, de um âmbito de não-interferência da autoridade pública -, para Rousseau a liberdade está em participar da tomada de decisão pública. Assim, somos livres quando a regra que sobre nós se impõe foi elaborada com nossa participação. Como Rousseau coloca no Capítulo VI de sua obra mais conhecida, o problema central do contrato social "é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja por intermédio da força comum a pessoa e os bens de cada associado e na qual cada um, enquanto unido a todos os demais, obedecerá apenas a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes". Sendo todos os homens livres e iguais, uma regra que vincule a conduta de todos só poderá ser considerada legítima se decorrer da participação de todos. A liberdade confunde-se, assim, com auto-regramento - daí falar-se em liberdade positiva ou autonomia. Esta dupla posição do cidadão como súdito e soberano é o que permite a Rousseau reivindicar a liberdade dentro de um Estado que seja democrático. (VIEIRA, 2006 p. 144 e 145)

Nos filiamos à liberdade concebida “pelos modernos, inicialmente centrada no direito dos indivíduos às liberdades civis (de opinião, de credo religioso etc.) e progressivamente estendida para outras esferas nas quais o indivíduo livre é concebido como aquele capaz de fazer escolhas próprias a partir de seu livre-arbítrio e de sua consciência(...)” e assim ter a possibilidade de obter mais conquistas sociais e lutar por sua cidadania, caso ela não seja plena.

A liberdade que aqui procuramos encontra amparo nas formas de pensar sobre ela pelos autores acima enquanto busca de uma forma própria e independente de pensar, analisar, concluir de acordo com seu próprio raciocínio e assim fugir do jugo do poder condicionante estatal ou privado por meio da participação social e política de cada pessoa. Mas, para isso é necessário que possua informações, conhecimento, educação suficiente para que possa desenvolver o próprio raciocínio. Livre é aquele que pensa, age, logo existe.

E essa liberdade será de suma importância na busca e conquista de uma condição de vida cada vez melhor.

Intimamente ligada à liberdade está a igualdade, com a libertação busca-se a igualdade.

Mas o que é igualdade? Obviamente que igualdade não pode significar que todos são ou deveriam ser ou ter direitos iguais em tudo. Oscar Vilhena (2006, p. 281-284) nos adverte que no estado de natureza hobbesiano, em que todos têm direito a tudo, inclusive o corpo do próximo, evidentemente, ninguém tem direito a coisa alguma, exceto quando for capaz de manter seu domínio por intermédio da força, então a igualdade não pode ser absoluta.

E continua:

Logo, é preciso reconhecer, como ponto de partida para qualquer reflexão sobre a igualdade, que a assertiva de que 'todos são iguais', encontrada em grande número de Declarações de Direitos, Tratados ou Constituições da modernidade, não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral. (...) a **igualdade é uma reivindicação socialmente e politicamente construída**. (VIEIRA, 2006, p. 281 grifo nosso)

A busca da igualdade por meio da educação se dará com a obtenção de informações e conhecimentos suficientes para que cada pessoa possa desenvolver seu senso crítico e possa julgar, sem ser manipulada, as ações e manifestações do pensamento das outras pessoas e assim contribuir para o desenvolvimento de sua sociedade, desde o seu nascimento até a sua morte, ou além dela.

Nas palavras de Vanessa Sievers de Almeida ao analisar o pensamento de Hannah Arendt:

Assim, é tarefa da educação introduzir os novos num mundo que é mais velho e que precisa de nós para ser preservado. As crianças, que ainda não assumem responsabilidade pelo mundo, precisam se familiarizar com ele e apropriar-se de seus saberes e de suas práticas para que futuramente possam cuidar dele. (ALMEIDA, 2008, p. 470)

Ivonaldo Santos (2014, p. 52 e 53) em seu artigo “A Educação para a Vida” diz que: “Desde a antiguidade grega, passando pela Idade Média até chegar à modernidade que o tema da igualdade aparece, de forma mais direta ou indireta, nos debates sobre o desenvolvimento social e a valorização da vida e da dignidade humana.”, e coloca que a educação aparece neste contexto como “uma estrutura social-pedagógica de apoio e valorização da vida humana”, é preciso educar o cidadão para que ele valorize e respeite a vida humana, sendo o caminho da igualdade também o caminho da educação para a vida.

### 3 Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Especial importância para a construção de um adulto livre é a educação das crianças e dos adolescentes.

O direito à educação já vem expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 em seu artigo 26:

§1. **Toda pessoa tem direito à instrução**. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

§2. **A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana** e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

§3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (grifo nosso)

E também no artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa à educação**. Concordam em que a **educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana** e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos

direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a **educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre**, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (grifo nosso)

A Constituição Brasileira adotou a doutrina da proteção integral e elegeu a educação como uma de suas prioridades para questões referentes à criança e ao adolescente e instituiu em seu artigo 227:

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

Porém a materialização dessa determinação constitucional só veio em 1990 com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei Nº 8.069/90, conforme nos ensina Josiane R. P. Veronese:

A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo seu conteúdo como pela sua titularidade, devem, obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estatuto, e uma forma

de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, por meio do Estatuto da Criança e do

Adolescente, o qual tem a nobre e difícil tarefa de materializar o preceito constitucional. (VERONESE, 1996, p. 94).

Proteção essa que foi ratificada por meio do artigo 3º do ECA:

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

Paulo A. G. de Paula assim coloca sua visão sobre a proteção integral à criança e ao adolescente:

(...)me parece que a locução proteção integral seja auto-explicativa [...] Proteção Integral

exprime finalidades básicas relacionadas às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em normas subordinantes que propiciam a apropriação e manutenção dos bens da vida necessários para atingir estes objetivos. (PAULA, 2002, p. 31)

Dentro do plano da proteção integral está o direito à educação, um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e ratificado pelo ECA.

Na Constituição ele está insculpido nos art. 205 a 214, e já no artigo 205 prevê como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, objetivo que é ratificado pelo artigo 53 do ECA.

Como um dos direitos humanos fundamentais o direito de aprender, que se encontra explícito no direito de acesso à educação regular, está implicitamente ligado ao direito à cidadania, esta entendida como “(...) um exercício contínuo de reivindicação de direitos. Como reivindicar o que não se conhece? Daí decorre a necessidade de investimento em educação (...)”. (VERONESE e OLIVEIRA, p. 67)

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi importante passo dado na posituação dos direitos reivindicados pela Constituição Federal e tem sido instrumento importante para a efetivação desses direitos pelo Estado, mas o caminho a ser percorrido para que se atinjam plenamente os objetivos almejados pela lei ainda é longo, mas ele está dado e precisa ser percorrido o mais rápido possível a fim de que as pessoas possam alcançar a plenitude de sua cidadania e ai sim serem livres.

#### **4 A educação como promotora da liberdade e igualdade**

A inserção do saber na vida do homem promove sua libertação das amarras da ignorância e o liberta para uma melhor compreensão do mundo a sua volta, assim torna-se ele cômico de seus direitos, deveres e responsabilidades para a construção de uma sociedade mais social e politicamente justa.

[...] o homem é livre porque ele é um começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir [...]. No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem ao mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. (Hannah Arendt *apud* Almeida, 2008, p. 467)

Para Hannah Arendt o homem nasce livre, pois, apesar de precisar se inserir numa realidade já existente tem a capacidade de modificá-la, iniciando algo novo. A liberdade é essa capacidade de fazer um início. Mas para fazer esse início é preciso que a educação assuma a responsabilidade de preparar os novos para a ação livre. (ALMEIDA, 2008)

É nesse tempo entre o nascimento biológico, com o qual surge essa potência renovadora, e o momento no qual os novos poderão ativamente assumir sua liberdade e agirão que se insere a educação. Ela, segundo Arendt (1990), tem basicamente duas tarefas: (1) introduzir os novos num mundo que os antecede e sempre é mais velho do que eles; e (2) contribuir para que eles desenvolvam sua singularidade, aquilo que têm de único e novo para o mundo. (ALMEIDA, 2008. p. 468)

Mas não só as crianças precisam ser educadas para o mundo e com o mundo, também aqueles que não tiveram oportunidade para tal em sua infância. E isso, apesar da garantia constitucional e da sua posituação pelo ECA, ainda é um problema a ser solucionado em nosso país, pois em longínquos rincões ou mesmo nas grandes cidades é preciso que a educação seja de qualidade, que realmente forme o homem para o exercício de sua cidadania.

Para Paulo Freire (2011) “Não há educação fora das sociedades humanas e não há homem no vazio.”

A principal função da educação para o autor é a obtenção da liberdade e da autonomia. “A partir das relações do homem com a realidade, resultantes de estar com ela e de estar nela, pelos atos de criação, recriação e decisão, vai ele dinamizando o seu mundo.” (2011, p. 60)

E mais a frente coloca:

(...) educação que, por ser educação, haveria de ser corajosa, propondo ao povo a reflexão sobre si mesmo, sobre seu tempo, sobre suas responsabilidades, sobre seu papel no novo clima cultural da época de transição. Uma educação que lhe propiciasse a reflexão sobre seu próprio poder de refletir e que tivesse sua instrumentalidade, por isso mesmo, no desenvolvimento desse poder, na explicitação de suas potencialidades, de que decorreria sua capacidade de opção. Educação que levasse em consideração os vários graus e poder de captação do homem brasileiro da mais alta importância no sentido de sua humanização. (FREIRE, 2011, p. 80)

Apesar de ter sido escrito na época da repressão, durante a ditadura militar e no exílio, o pensamento do autor ainda é, e sempre será atual, pois prega uma educação “crítica e criticizadora” que se aplica sempre, independentemente da forma ou regime de governo.

O autor nos revela claramente como a educação, quando bem conduzida, pode libertar o homem e pelas palavras de alguns de seus alunos adultos e analfabetos demonstra isso: “Quero aprender a ler e escrever para deixar de ser sombra dos outros.” “Quero aprender a ler e escrever para mudar o mundo”. (2011, p. 148)

Mas não basta educar o homem, é preciso uma educação de qualidade que desperte a pessoa para o pensamento crítico, analítico de sua realidade de modo que possa transformá-la.

Em “Pedagogia do Oprimido”, Paulo Freire (1987, p. 57-61) nos adverte para a “educação bancária” em que o educador vai depositando conteúdos em seus educandos de forma mecânica, “narração de conteúdos que, por isto mesmo, tendem a petrificar-se ou a fazer-se algo quase morto, sejam valores ou dimensões concretas da realidade”.

A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em “vasilhas”, em recipientes a serem “enchidos” pelo educador. Quanto mais for “enchendo” os recipientes com seus “depósitos”, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente “encher”, tanto melhores educandos serão. (...)

Na medida em que esta visão “bancária” anula o poder criador dos educandos ou o minimiza, estimulando sua ingenuidade e não sua criticidade, satisfaz aos interesses dos opressores: para estes, o fundamental não é o desnudamento do mundo, a sua transformação. (FREIRE, 1987, p. 58 e 60)

Em translúcida lucidez ele deixa claro que essa ação libertadora por meio da educação “crítica e criticizadora”, não pode se servir “das mesmas armas da dominação, isto é, da propaganda dos *slogans*, dos “depósitos”, em clara crítica ao uso das mesmas estratégias seja por qual pensamento político de dominação for.

A educação deve ser “problematizadora”, deve responder à essência do ser da consciência, que é a sua *intencionalidade* e identifica-se com o próprio da consciência que é sempre ser *consciência de*. (Idem, p. 67)

Professora Tania Zagury (2006) em primoroso trabalho científico ao identificar problemas sérios no sistema educacional brasileiro afirma:

Todos os brasileiros têm o direito de saber ler, fazer cálculos matemáticos básicos, escrever bem, **interpretar** com facilidade o que leem, assim como precisam **ser capazes de compreender a realidade que os cerca**. São esses objetivos que temos que atingir PRIMEIRO. Porque quem não domina essas habilidades hoje está fora! Fora do mundo, fora da sociedade... **ESTÁ FORA DE TUDO**. (ZAGURY, 2006, p. 121 grifo nosso)

A educação do homem se dá com o mundo ao qual ele pertence, no qual ele está inserido e no qual precisa se inserir, diz Satre “A consciência e o mundo se dão ao mesmo tempo: exterior por essência à consciência, o mundo é, por essência, relativo a ela.” (*apud* FREIRE, 1987, p. 70)

O desafio é conseguir formar, educar o homem sem influenciá-lo pessoalmente, é conseguir fazer com que ele pense por si e construa suas próprias conclusões, porém, “ninguém controla por completo os fenômenos de projeção ou identificação que evoca, mas é esperado um mínimo de lucidez!”, nos diz Philippe Perrenoud (2002, p. 173).

Formar as mentes sem conformá-las, enriquecê-las sem doutriná-las, armá-las sem recrutá-las, comunicar-lhes uma força, seduzi-las verdadeiramente para levá-las a sua própria verdade, dar-lhes o melhor de si mesmo sem esperar esse ganho que é a semelhança. (ROSTAND *apud* PERRENOUD, 2002, p. 173)

Esse deve ser o grande propósito do educador, educar para a vida, educar para a liberdade, mas uma liberdade autoconsciente, até engajada, mas desvinculada, independente.

Mas a educação não servirá somente para o desenvolvimento de um pensamento político/social livre e passível de reivindicações de maior liberdade e igualdade, ela também abre as portas para a conquista de uma vida mais confortável, de ascensão social e econômica.

Gostem ou não, concordem ou não, alguns, a educação ainda nos parece a principal porta de entrada para a conquista de uma vida melhor, especialmente para os menos favorecidos.

Entre as políticas sociais, a educação ocupa posição especial, não só de acordo com as teorias de capital humano, que atribuem à educação um papel fundamental para o desenvolvimento econômico, como também pela constatação mais recente, e muito bem documentada para o Brasil, de que as desigualdades educacionais são o principal correlato das desigualdades de renda, oportunidades e condições de vida. (SCHWARTZMAN, 2006, p. 9)

É o que nos demonstra alguns dos estudantes campeões da 10ª edição da Olimpíada Brasileira de Matemática das Escolas Públicas (Obmep), pelo estudo da matemática alguns alunos de escolas públicas como Gabriel Fazoli, Alessandro Pacanowski e Tábata Pontes, com idades entre 18 e 21 anos, conquistaram boas possibilidades de ascensão social.

Gabriel cursa matemática na conceituada Universidade Estadual Paulista, Alessandro conquistou uma vaga na Universidade de Yale nos Estados Unidos e Tábata foi aprovada em seis universidades americanas e atualmente cursa o terceiro ano de ciências políticas, conjuntamente com o curso secundário em astrofísica na Universidade de Harvard, também nos Estados Unidos e afirma “A Obmep foi a porta de entrada para mudar a minha vida”. (BOECKEL, 2015)

Esses exemplos e outros que recheiam nossos telejornais demonstram como a educação pode possibilitar a mudança de vida das pessoas.

O nível socioeconômico está intimamente ligado ao nível de escolaridade, conforme nos demonstram Vieira e Tenório em “Impacto da escolaridade dos pais e nível socioeconômico familiar nos resultados de testes cognitivos.”

Portanto, a Onda Um indicou que na escolha dos pais não existiu uma condição de igualdade, pois os melhores resultados estão associados a condição social e de

escolaridade dos pais e a análise da Onda Quatro mostrou que **o nível socioeconômico é um fator clássico de diferenciação, e que o impacto da escolaridade dos pais, esta fortemente associada ao nível socioeconômico**. Portanto, a complexa imbricação entre nível socioeconômico, escolaridade dos pais e rede de ensino tem como consequência o impacto em resultados cognitivos das crianças nas primeiras séries do ensino fundamental em matemática. (TENÓRIO e VIEIRA, p. 14)

A relação “entre educação e rendas individuais” é demonstrada por Kathlen Lizárraga Zamora quando afirma:

O modelo mais conhecido para a avaliação da relação entre educação e rendas individuais foi formulado por Mincer (1974). Em sua forma geral, o modelo é representado por uma equação linear que relaciona o logaritmo da renda por hora trabalhada com fatores como os anos de escolaridade, experiência de trabalho e o desgaste do capital humano associado ao tempo, entre outros.

Ao longo dos anos, inumeráveis trabalhos utilizaram o modelo de Mincer para analisar a relação entre renda e educação não somente em relação aos fatores originalmente estudados por Mincer, mas também em relação a outros fatores. Na Bolívia, estudos realizados no campo da educação (CONTRERAS e URQUIOLA, 1994; FIELDS, LEARY, LÓPEZ-CALVA, PEREZ DA RADA, 1998) determinaram que a educação constitui a principal variável para a explicação dos diferentes níveis de renda (mais que todos os demais determinantes combinados) e, portanto, uma política educacional de ampla cobertura constituiria o instrumento principal na luta contra a pobreza. (ZAMORA, 2006, p. 61)

É o que também demonstra Curi e Menezes Filho em “A relação entre o desempenho escolar e os salários no Brasil”

Muitos estudos internacionais mostram que a qualidade da educação influencia positivamente os salários futuros dos indivíduos [Murnane et al. (1995), Murphy e Peltzman (2004)], a probabilidade de continuação dos estudos [Rivkin (1995)] e o crescimento econômico do país [Bishop (1989), Hanushek e Kimko (2000)]. (...)

(...) cruzamos o salário médio e a proficiência média por Unidade da Federação para cada uma das gerações analisadas, mostrando a relação entre a nota de proficiência obtida pelos jovens aos 17-18 anos de idade e os salários recebidos pela geração aos 23-24 anos no mercado de trabalho. Observamos uma relação positiva entre as notas médias obtidas pelas gerações nos exames de proficiência e os salários médios recebidos pelas mesmas, cinco anos depois. Os gráficos indicam que, em média, nas regiões em que os jovens têm melhor desempenho escolar ao final do ensino médio, a remuneração ao trabalho é maior. Isto é, em média, as maiores notas nos exames de proficiência estão relacionadas aos maiores salários futuros para ambas as gerações. (...)

(...) Neste trabalho investigamos a relação entre o desempenho escolar e os salários futuros para os jovens brasileiros. (...)

Os resultados estimados indicam que a nota média obtida pelas gerações nos testes de proficiência, tanto de matemática quanto de português, ao término do ensino médio é positivamente relacionada ao salário médio futuro das mesmas (...) (CURI E FILHO, p. 3, 11, 16 e 17)

É nítido o correlacionamento entre o nível de escolaridade e os níveis salariais e socioeconômicos das pessoas que melhoram à medida que a sua educação melhora.

Segundo o IBGE em 2009 trabalhadores com curso superior ganharam um salário 225% maior do que os trabalhadores que não concluíram a faculdade. (AMORIM, 2011)

## Conclusão

Através de nosso caminhar pelo pensamento dos pesquisadores citados, podemos afirmar que a educação quando bem conduzida e se adequadamente fomentada pelo Estado, papel para o qual o ECA tem sido de suma importância, é importante meio para formar e conduzir as pessoas pelos caminhos do conhecimento de um “mundo que os antecede e sempre é mais velho do que eles”, mas que para o qual vão contribuir com sua “singularidade, aquilo que têm de único e novo para o mundo” Arendt (*apud* ALMEIDA, 2008).

Porém, se faz necessária uma educação “crítica e criticizadora” os educandos não podem ser “enchidos” como contas bancárias com seus depósitos (FREIRE, 2011), a fim de que no final do processo possam exercer sua liberdade de pensamento e ação/decisão de forma realmente independente sem serem escravos do pensamento alheio.

E, com isso, buscar e conquistar maior igualdade social, cultural, política, econômica, implementar a tão modernamente festejada dignidade humana. A educação é “uma estrutura social-pedagógica de apoio e valorização da vida humana” (SANTOS, 2014).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vanessa Sievers de. Educação e liberdade em Hannah Arendt. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 34, n. 3, p. 465-479, Set-dez. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ep/article/view/28100/29908>> Acesso em: 30 jun. 2015.

AMORIM, Daniela. Diferença salarial é mais acentuada por escolaridade, diz IBGE. **Estadão**. São Paulo, 25 mai. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,diferenca-salarial-e-mais-acentuada-por-escolaridade-diz-ibge,68504e>> Acesso em: 13 jul. 2015.

BOECKEL, Cristina. Supercampeões da Olimpíada de matemática dão dicas de estudos. **G1**, Rio de Janeiro, 21 julho 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/07/supercampeoes-da-olimpiada-de-matematica-dao-dicas-de-estudos.html>> Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/19901994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/D0591.htm)> Acesso em: 23 jul. 2015.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. rev. e atual. por Helena Bonito C. Pereira, Rena Singer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CARVALHO, José S. F. A liberdade educa ou a educação liberta? Uma crítica das pedagogias da autonomia à luz do pensamento de Hannah Arendt. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 36, n. 3, p. 839-851, Set-dez. 2010. Disponível em: <[http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/liberdade\\_educa\\_ou\\_a\\_educacao\\_liberta.pdf](http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/liberdade_educa_ou_a_educacao_liberta.pdf)> Acesso em: 30 jun. 2015.

CURI, Andréa Zaitune e FILHO, Naércio Aquino Menezes. **A relação entre o desempenho escolar e os salários no Brasil**. Disponível em: <[http://www.fundacaoitausocial.org.br/arquivosstaticos/FIS/pdf/pesquisa\\_ensino\\_salario.pdf](http://www.fundacaoitausocial.org.br/arquivosstaticos/FIS/pdf/pesquisa_ensino_salario.pdf)> Acesso em: 13 jul. 2015.

CURY, Carlos R. Jamil. **Direito à educação: Direito à igualdade, direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2015.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 14 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MICHAELIS. **Minidicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 217 (III)**. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 23 jul. 15.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PERRENOUD, Philippe. **A prática reflexiva no ofício do professor. Profissionalização e razão pedagógica**. Tradução Cláudia Shilling. Porto Alegre: Artmed Editora, 2002.

SANTOS, Ivonaldo; POZZOLI, Lafayette. **DIREITO E EDUCAÇÃO. A Fraternidade em ação**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

SCHWARTZMAN, Simon. Educação e pobreza no Brasil. **Cadernos Adenauer VII, nº 2**, Rio de Janeiro, p. 9-37, jun. 2006.

TENÓRIO, Robinson Moreira e VIEIRA, Marcos Antonio. **Impacto da escolaridade dos pais e nível socioeconômico familiar nos resultados de testes cognitivos**. In: IV CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO/VII CONGRESSO LUSO

BRASILEIRO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO, 2014, Porto. Disponível em: <[http://www.anpae.org.br/IBERO\\_AMERICANO\\_IV/GT3/GT3\\_Coimunicacao/MarcosAntonioVieira\\_GT3\\_integral.pdf](http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT3/GT3_Coimunicacao/MarcosAntonioVieira_GT3_integral.pdf)> Acesso em: 13 jul. 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciane de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente**. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **DIREITOS FUNDAMENTAIS Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAGURY, Tania. **O professor refém: para pais e professores entenderem por que fracassa a educação no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

ZAMORA, Kathlen Lizárraga. Educação e pobreza ou educação e desenvolvimento: um olhar para a Bolívia do ponto de vista da Economia. **Cadernos Adenauer VII, nº 2**, Rio de Janeiro, p. 57-77, jun. 2006.

## TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*José Vicente Godoi Junior<sup>1</sup>***RESUMO**

O presente artigo trata da tutela diferenciada no processo, assim, inicia com a distinção entre tutela jurídica e tutela jurisdicional, para, depois, ir buscar na doutrina italiana o significado da expressão tutela jurisprudencial diferenciada. Portanto, a tutela jurisdicional diferencia-se na medida em que o ordenamento proporciona formas de proteção diferenciadas em relação às já previstas, proporcionando alternativas ao demandante em face do processo de cognição exauriente ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada. Neste sentido, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno processo de resultados, no qual o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante. Neste passo, a paz social somente será alcançada quando houver relação de equilíbrio e harmonia entre as pessoas, desde modo, quando se busca o Poder Judiciário é porque a relação se quebrou ou, pelo menos, está maculada; por conseguinte, as tutelas diferenciadas vêm apaziguar ou diminuir os conflitos, restabelecendo, com maior brevidade possível, a pacífica convivência na sociedade.

**Palavras-chave:** Tutela diferenciada. Tutela jurídica. Tutela jurisdicional. Jurisdição.

## DIFFERENTIAL PROTECTION IN THE CIVIL PROCEDURE LAW

**ABSTRACT**

This paper deals with the differential protection in the process, so it starts with the distinction between legal protection and judicial protection, afterwards it seeks in the Italian doctrine the meaning of the expression differential jurisprudential protection. Therefore the judicial protection is improved when the doctrine provides different forms of protection beyond the existing ones, giving alternatives to the plaintiff in the face of the cognition process or inserting measures in the several procedure models that enable them to provide suitable legal protection. In this sense, the differential protection value the modern way of results, in which the greatest commitment of the jurisdiction is the effectiveness of provision made available to the litigant. In this step, the social peace will only be achieved when there is a relationship of respect and harmony among people; so when one seeks the judiciary is because the relationship is broken or it is at least tainted, therefore, the differential protection comes to appease or reduce conflicts, restoring, as soon as possible, the peaceful coexistence in society.

**Keywords:** Differential protection. Legal protection. Judicial protection. Jurisdiction.

**INTRODUÇÃO**

A expressão tutela jurisdicional diferenciada é uma criação do jurista italiano Andréa Proto Pisani, da década de 1970, o qual pretendeu dar maior celeridade ao processo, para que quando da prolação

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR; Professor e Coordenador do Núcleo de Monografia Jurídica do Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP e Advogado.

final da sentença, ou quando de sua execução, o bem da vida que se busca ainda esteja lá para que o titular do direito possa usufruí-lo ou ser ressarcido do mesmo, ou seja, para que o provimento jurisdicional solicitado seja rápido e surtam efeitos positivos.

Deste modo, também não podem ser desprezados doutrinadores como Carnelutti e Chiovenda, dentre tantos outros tão importantes para o desenvolvimento do Direito, visando sempre melhorar o acesso à justiça, à prestação jurisdicional, para atingir a paz social.

Nesse passo, antes de adentrar ao tema traz-se algumas conceituações necessárias como a de jurisdição, tutela jurídica e tutela jurisdicional.

### CONCEITO DE JURISDIÇÃO

A jurisdição é uma das funções da soberania do Estado. Função de poder, do Poder Judiciário.

Jurisdição para Moacyr Amaral Santos (2004, p. 67) “consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei”. A função jurisdicional é como que um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe. Na função legislativa o Estado formula as leis, que são regras gerais abstratas reguladoras da conduta dos indivíduos, cuidam de seus interesses e regem a composição dos respectivos conflitos. Na função jurisdicional o Estado aplica as leis, atuando-as nos casos concretos.

Conceituando jurisdição, Vicente Greco Filho (2000, p. 167) diz que “é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”. E continua, “este conceito engloba a definição de Chiovenda e a de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam”.

O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado, ou seja, pelo devido processo legal, que segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra (1999, p. 129) se resume:

[...] o poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; a função expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e por meio do processo; e como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

Antonio Carlos Marcato (2004, p. 35), conceituando jurisdição, diz que “o poder estatal, que é uno, manifesta-se mediante o exercício de três atividades essenciais a paz social: legislativa, executiva e jurisdicional.”

Assim, conceituou-se jurisdição, que é poder e função do Estado e que se desenvolve via processo, passando-se para a análise de tutela jurídica e jurisdicional.

## TUTELA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL

Atuando a lei ao caso concreto, a jurisdição faz justiça. Desse modo, cuida da ordem jurídica e assim, do direito subjetivo, quando ameaçado ou violado. A tutela jurídica estatal, para Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 126), “realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos.”

Portanto, é o conjunto abstrato de normas jurídicas compostas pela totalidade do chamado direito objetivo e pela parcela deste que autoriza o particular, ou quem se coloque diante do ordenamento, a postular alegações fundadas naquelas normas, bem como prevê os meios de atuação das normas e sanções previstas, o que se faz por intermédio das tutelas administrativa e jurisdicional. Assim, a tutela jurisdicional é modalidade de tutela jurídica.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 400) “é possível falar, assim, em tutela jurisdicional e tutela material. A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material.”

A tutela jurisdicional proporciona a partir do processo, a existência de meios não jurisdicionais de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem, estimulados pelo Estado, e em parte sob sua direção, que legitima tais procedimentos e confere autoridade a seus resultados, incumbindo ao processo adequar-se à realidade da vida, sob pena de perder o status de principal meio de solução de conflitos.

Para Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 120), “ao processo não basta à obtenção de qualquer prestação jurisdicional, mas buscar aquela apta e conferir a tutela jurisdicional plena, ou seja, conforme à previsibilidade abstrata contida na tutela jurídica.” E completa, “esta tutela não é, em si, justa ou injusta, mas simplesmente, conforme ou não ao ordenamento, que se presume justo.”

O processo deve ser pensado não em função apenas do provimento final, mas a partir da necessidade de tutela deduzida em juízo. Não adianta manter-se a concepção tradicional do processo de conhecimento se a própria realidade forense e a reforma do processo civil revigoraram o processo.

Continuar a definir a tutela jurisdicional como alguma e qualquer proteção conferida pelo Poder Judiciário, em regra quando provocado, sem desta forma se ater ao conteúdo da prestação conferida, é apresentar visão presumidamente neutra do processo civil, ainda defensora da completa autonomia da disciplina e de seu objeto, como afirma Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 122).

Tutela jurisdicional, para Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 132), [...] constitui o grau mais elevado na escalada que vai de mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação e pelo efetivo direito ao provimento de mérito e só finalmente chega a ela. Não se pensa no meio, mas no resultado útil da experiência processual.

A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista do autor, é o resultado de um provimento favorável. Se a decisão atende a necessidade da parte e lhe é dada em tempo hábil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do réu e do ordenamento como um todo, há que se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras

processuais.

A tutela cautelar pode ser antecipada por meio de um provimento liminar, por exemplo. Mas há também a diferenciação direcionada à previsão de novas formas de proteção no ordenamento e aí, sim, se estará perante nova forma de tutela, diferenciada em relação às anteriormente existentes, como é o caso da tutela mandamental no âmbito das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 497 do CPC), segundo argumenta Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 123).

A concepção da tutela jurisdicional como um resultado ou proteção que existe durante o processo, mas que surge principalmente ao seu final, é do ponto de vista de quem pede, em juízo, a realização plena da categoria da ação de direito material.

Para Moacyr Amaral Santos (2004, p. 70) “a tutela jurisdicional se manifesta por três formas: pela decisão, pela execução e pelas medidas preventivas, ou cautelares”, e explica:

Na primeira,

[...] a decisão pressupõe uma pretensão real ou virtualmente contestada. O juiz deverá conhecer a lide para então atuar a lei aplicável ao caso. Decide após regular conhecimento, isto é, servindo-se do processo de conhecimento. E ao decidir declara qual a vontade da lei reguladora da espécie litigiosa. E temos aí a *tutela jurisdicional de conhecimento*, também chamada de *declaração*.

Para a segunda,[...] o vencido pode não satisfazer a condenação. A pretensão, acolhida pela decisão, pode não ser satisfeita. A ordem jurídica não estará, portanto, restaurada. Nesse caso, o juiz ainda atuando a lei, exercerá atividades destinadas a transformar em realidade o comando contido na decisão. É a execução, por via de processo de execução. Tal a *tutela jurisdicional de execução*.

E a última,

[...] a providência jurisdicional de conhecimento, a de decisão, ou a de execução, que reclamam atividades várias, que exigem tempo mais ou menos demorado, podem chegar tarde demais, em desprestígio da lei e, conseqüentemente, em prejuízo do direito das partes. A fim de impedir ou obviar as conseqüências do *periculum in mora*, recorre-se ao processo cautelar ou preventivo, por meio do qual a jurisdição determina providências preventivas ou cautelares. Essa é a chamada *tutela jurisdicional cautelar* ou *preventiva*.

Nesse sentido, pode-se fazer um paralelo e arriscar dizer que a tutela jurídica é gênero e a tutela jurisdicional é espécie.

## TUTELAS DIFERENCIADAS

A expressão “tutela jurisdicional diferenciada” é de autoria de Andréa Proto Pisani em estudo de 1973 (*Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro*) apud Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 132), onde ensina que

[...] não existe um único processo que ofereça uma única forma de tutela para todas as posições de vantagem, mas existe, ao invés, uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional. A diversidade destes processos e destas formas de tutela, e as suas variadas combinações, refletem a diversidade de tutela das posições de vantagem.

Na verdade, a tutela jurisdicional diferencia-se na medida em que o ordenamento proporciona formas de proteção diferenciadas em relação às já previstas, proporcionando alternativas ao demandante em face do processo decognição exauriente, ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada.

Preveniu Donaldo Armelin (1992, p. 49) que

[...] a opção por um tipo diferenciado de tutela envolve, também, a necessidade de se alterar em parte o vigente Código de Processo Civil, não apenas para especificar os tipos de pretensões passíveis de serem por ele atendidas, como também para o regramento de seu instrumental procedimental.

Tutela jurisdicional diferenciada para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p.737)

[...] é a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária. Dos predicados da boa tutela jurisdicional segundo as postulações da processualística moderna, a tempestividade é a razão que leva a lei a instituir esses meios mais céleres e indicar as hipóteses em que eles são adequados (Andréa Proto Pisani).

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 187) que

[...] para que o processo possa tutelar de forma adequada e efetiva as várias situações concretas, tornam-se imprescindíveis não só procedimento, cognição e provimento adequados, mas também um amplo leque de modalidades executivas capazes de permitir ao juiz tornar efetiva a tutela jurisdicional nos vários casos que a ele são apresentados.

Tutela jurisdicional diferenciada significa, em certo sentido, tutela adequada à realidade de direito material. Se uma determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação de emergência, a única forma de tutela adequada desta pretensão é aquela que pode satisfazê-la com base em cognição sumária (MARINONI apud SOUZA, 2007).

Para Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 141) tutela jurisdicional diferenciada[...] entende-se tanto as tutelas que podem ser realizadas mediante cognição sumária, porque aptas desde logo a realizar o direito afirmado pelo litigante (referimo-nos às tutelas executiva e mandamental), quanto qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao processo comum.

Na lição de Donaldo Armelin (1992, p. 48)

[...] tal opção (refere-se às tutelas diferenciadas) todavia, pode levar a resultados contrários ao objetivo. Assim é que, em lugar de se eliminarem conflitos através de procedimentos materialmente sumários, geradores de provimentos não-imutáveis, poder-se-á propiciar a eclosão de novos processos em que se já apreciadas sob o signo da cognição superficial.

Para Paulo Roberto Pereira de Souza (2007) tutela jurisdicional diferenciada “visa integrar o direito material ao direito processual, garantindo a cada espécie daquele, de acordo com a necessidade e na medida do possível, uma maior efetividade, por intermédio da adequação deste”. E continua, “mas há direitos que podem ser plenamente protegidos pelas formas tradicionais de concessão de tutela jurisdicional, até porque, torna-se impossível e inaceitável a criação de uma espécie de procedimento para cada direito existente, o que poderia levar ao caos do Poder Judiciário”.

A finalidade de tutelas jurisdicionais diferenciadas, na lição de Paulo Roberto Pereira de Souza (2007):

[...] é adequar o sistema jurídico, de modo a proporcionar maior rapidez, adequação e efetividade aos direitos carentes de maior celeridade na sua prestação e em relação aos quais as formas tradicionais não têm conseguido garantir a tutela jurisdicional de forma apropriada. Essas tutelas jurisdicionais seriam concedidas em regra, mediante cognição sumária, a qual não exigiria uma observância tão rigorosa do procedimento, cabendo concessão da tutela sem violação ao princípio do devido processo legal. Essa forma de cognição demonstra-se mais ágil e adequada para determinadas tutelas jurisdicionais que se enquadram dentre as diferenciadas, as quais demandam elevada celeridade na sua prestação. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 741) são extremamente poucos os casos de tutela jurisdicional diferenciada, no sistema do Código de Processo Civil:

a) o mais destacado dos processos diferenciados é o processo monitorio, que se propõe a oferecer os resultados da execução forçada sem sequer decidir sobre a existência ou inexistência do direito do autor.

b) também o processo contumacial é diferenciado, porque o efeito da revelia reduz drasticamente o objeto do conhecimento do juiz e conseqüentemente o que era ordinário se sumariza a ponto de impedi-lo de investigar sobre possíveis fundamentos defensivos do réu.

Acrescentando, Cândido Dinamarco (*ibidem*) diz que leis extravagantes instituem tutelas diferenciadas de relevante dimensão social, econômica ou política, fazendo-o com o manifesto propósito de privilegiar certos direitos ou situações que o constituinte e o legislador entendem dignos de maior atenção:

a) o mais notório dos processos diferenciados no direito brasileiro é o mandado de segurança, destinado a oferecer com presteza uma tutela contra atos estatais violadores de direitos líquidos e certos e com isso recompor o desejado equilíbrio entre a autoridade exercida pelo Estado e os princípios constitucionais garantidores da cidadania e do patrimônio.

b) são também diferenciados os processos relacionados com o meio-ambiente.

c) com as relações de consumo, presididos por um juízo de direito mais forte.

d) outro processo fortemente diferenciado é o relacionado com a improbidade administrativa, no qual o juiz tem excepcionais poderes sobre a pessoa e o patrimônio do demandado, o qual pode até mesmo ser posto em estado de indisponibilidade, por medida *inaudita altera parte*.

e) o processo dos juizados especiais, instituído com o propósito de reduzir a litigiosidade contida mediante ampliação da área dos conflitos jurisdicionais, valendo-se de um procedimento extremamente ágil e participativo.

Para Paulo Roberto Pereira de Souza (2007) existem dois grandes grupos de tutelas jurisdicionais diferenciadas, assim distribuídas:

a) Tutela Coletiva de Direitos: Ação Civil Pública, Mandado de Segurança e Ação Popular, para a proteção de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

b) Tutela Individual: Ação Monitória, Tutela Antecipada, Tutela Inibitória, Juizados Especiais, Arbitragem e Procedimentos Especiais.

Nesse passo, tentou-se demonstrar e conceituar tutela diferenciada trazendo a lição de vários doutrinadores de renome no cenário jurídico nacional.

## TUTELAS DIFERENCIADAS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O princípio do devido processo legal garantido pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV, subordina a prestação jurisdicional a um rito, antes de satisfazer o direito material do litigante vitorioso, para que não haja lesão ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), os quais decorrem do primeiro. Assim, a parte vencedora tem que aguardar o trânsito em julgado da sentença ou acórdão para partir para a execução.

A principal preocupação da nova visão da tutela jurisdicional era não só a de criar novos procedimentos como abrir, sempre que possível, um leque de opções que permitisse, conforme as conveniências da parte e de seu caso, contar com mais de uma via processual à sua disposição; dentro de um mesmo procedimento, fosse possível inserir-lhe expedientes de aceleração e reforço de eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela conforme particularidades de cada caso. Nesse sentido, as tutelas diferenciadas prestam-se a valorizar o moderno processo de resultados, no qual o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante, como leciona Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 16).

Quanto ao procedimento ordinário, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 19) comenta que é

[...] caracterizado por ser um procedimento alheio ao que se passa no plano do direito material, é a maior prova de que o isolamento do processo não produziu bons resultados, haja vista a crescente preocupação com as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, imprescindíveis para a proteção efetiva de determinadas situações de direito substancial e, portanto, alternativas à neutralidade imposta pela ordinariade. A essência do pensamento de Chiovenda (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2002, p.16), que se apresenta como o grande idealizador da efetividade processual, consiste justamente na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deve apoiar-se num sistema que assegure a quem tem razão uma situação jurídica igual a que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação.

Explica Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 66) que

[...] quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. É apenas por esta razão que a doutrina redescobre – e não por mágica – a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas. O direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa ser visto como algo absolutamente correlato ao direito de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo.

No dizer de Arruda Alvim (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 16), não prevalece a

autonomia do processo e do direito material em sua plenitude quando se trata das chamadas tutelas diferenciadas, pois o que se dá é a adaptação ou a submissão da disciplina processual a uma ou várias situações materiais. "Vale dizer, a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo. Ou ainda, configura-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material".

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 259),

[...] vive-se a redescoberta da relação do processo com o direito material, ou o momento da relativização do binômio direito/processo, acentuando-se a necessidade das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, que nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário e destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial.

A doutrina começa a tratar das tutelas jurisdicionais diferenciadas, e Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 392) alerta[...] que o procedimento ordinário não é capaz de atender de maneira adequada aos vários casos conflitivos concretos. O processualista, agora raciocinando a partir das necessidades do direito substancial, alerta para a inefetividade de determinadas formas de tutela que não seriam capazes de realizar concretamente os direitos e, até mesmo, a partir do argumento de que há um direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, aponta para a falta de legitimidade dessas tutelas.

O direito processual está comprometido com a rápida e eficiente tutela dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), mas nem sempre o caminho longo e demorado do procedimento ordinário se revela adequado. Depreende-se do direito processual moderno, segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 54), "uma forte tendência a criar *procedimentos diferenciados* para fugir dos inconvenientes da tutela tardia e propiciar ao jurisdicionado provimento compatível com as necessidades da fiel realização do direito material."

Os procedimentos diferenciados, para Humberto Theodoro Júnior (*ibidem*), constam de várias medidas, que tanto podem corresponder à criação de ritos mais simples (sumários, em função do valor e da singeleza da relação material litigiosa), como à redução das questões a serem deduzidas pelo autor e pelo réu (ações especiais como o mandado de segurança que eliminam a fase instrutória em juízo). Outras vezes, dentro do próprio rito ordinário, fases procedimentais são descartadas por desnecessárias e incompatíveis com o princípio da celeridade processual (é o que se passa, por exemplo, em incidente como a revelia, a falta de impugnação não especificada na resposta do réu aos fatos narrados pelo autor, o julgamento antecipado da lide). Há, ainda, a tentativa de eliminar o contraditório e o acerto próprio do processo de conhecimento, franqueando ao autor o acesso direto à atividade executiva e tornando eventual o debate dialético da causa, porque sua instauração somente ocorrerá se o réu o provocar (é o que se passa com a execução dos títulos extrajudiciais e com a ação monitória).

Arrematando, Humberto Theodoro Júnior (*ibidem*) comenta que aumentam os casos em que, a exemplo dos interditos romanos, não se faz o desdobramento da prestação jurisdicional em dois processos distintos, um para definir o direito da parte (processo de conhecimento) e outro para realizar materialmente a prestação a que tem direito (processo de execução). Numa só relação processual o juiz proporciona a

definição e realização do direito subjetivo lesado. São os procedimentos executivos *lato sensu*, como as ações possessórias, as de despejo, e todas aquelas em que a lei permite que a tutela, de alguma forma, seja antecipada, provisoriamente, ao julgamento do mérito da causa.

Pode-se concluir que o termo tutela jurisdicional diferenciada quer dizer ao operador do direito da necessidade de pensar em termos de tutela jurisdicional adequada e capaz (efetiva e célere) de atender às várias ações de direito material.

## ALGUMAS FORMAS DE TUTELAS DIFERENCIADAS

### Tutela inibitória

Cabe a jurisdição reparar o malfeito bem como impedir que se consume. As modernas tarefas a cargo do Judiciário compreendem, acima de tudo, atividades de pacificação social, de sorte que, para atingir tal desiderato, não é preciso esperar que a lesão jurídica ocorra para depois atuar a jurisdição repressiva.

A garantia de acesso à justiça, que a Constituição insere entre os direitos fundamentais, é a de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída ao conhecimento do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Há um dever geral de não lesar direito algum de outrem. Criada, portanto, uma situação concreta de risco de dano a algum possível direito subjetivo, haverá de o Judiciário acolher a pretensão de sua tutela preventiva, para, na medida do possível, impedir que a ameaça se convolve em dano jurídico.

A ideia de uma tutela preventiva não é nova, como comenta Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 56), pois já desde remota antiguidade se conhecia, no âmbito da posse, o interdito proibitório, como remédio para vedar a consumação de ameaça de esbulho ou turbação. O que modernamente se concebeu foi a generalização desse tipo de tutela jurisdicional, de modo a proporcionar provimentos jurisdicionais inibitórios de qualquer ameaça de agressão injusta.

A tutela inibitória para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 26),[...] configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória [...],

e acrescenta, “imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, o problema da tutela inibitória é a prevenção”.

O expediente processual adequado para esse tipo de tutela é o processo de conhecimento dentro da sistemática traçada para o accertamento e realização das obrigações de fazer e não fazer (art. 497 do CPC). Ao litigante, portanto, cabe o direito a providências inibitórias definitivas, assim como antecipadas, quando presentes os requisitos da tutela (art. 300 e 497 do CPC). Com ele se impede, com a intervenção judicial, o descumprimento da obrigação de não lesar o direito de outrem.

No âmbito da repressão cabível insere-se, ordinariamente, a ação de feitiço cominatório, consistente em vedar a prática nociva sob dominação de multa (*astreinte*). Para dar efetividade a essa interdição, pode o juiz valer-se de quaisquer outros expedientes complementares, como busca e apreensão de coisas e materiais, interdição de atividade ou de estabelecimento, destruição de produtos e matéria-

prima, demolição de obras, etc. (art. 497, par. único do CPC).

O emprego da tutela inibitória presta-se para a repressão das ameaças tanto de dano material como moral e sua invocação pode ocorrer isoladamente ou em concurso com a tutela ressarcitória. Na hipótese de ameaça de concorrência desleal ou de campanha difamatória, a vítima pode demandar, antes de qualquer dano concreto, a proibição da atividade nociva prestes a iniciar-se. Se a prática já estiver em curso e apresentar-se como continuativa, o ofendido poderá cumular com o pedido de proibição de continuar o agente com suas sequências de agressões injustas.

A antecipação da tutela está prevista no Art. 303 do Código de Processo Civil e diz que:

Art. 303. O juiz poderá a requerimento Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, é reconhecida a tutela cautelar destinada para assegurar a efetividade do resultado final do processo principal e ao seu lado, em determinadas circunstâncias, o poder de o juiz antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada do processo principal; são as medidas provisórias de natureza antecipatória, como narra Humberto Theodoro Júnior (*ibidem*) ou seja, a tutela antecipada.

Confrontando a tutela antecipada com as medidas cautelares, Teori Albino Zavaschi (2000, p. 57) faz uma síntese da antecipação da tutela:

A tutela antecipada é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos previstos no art. 273 do CPC (atual 300 do CPC/15); tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.

Antecipar significa adiantar a produção de algum efeito, que normalmente somente seria produzido quando da sentença final da lide, sendo que a antecipação é algo mais em relação ao que se assegura da pretensão frente à segurança do processo.

### **Ação monitória**

A ação monitória prevista no Art. 700 do Código de Processo Civil vigente, destinado àquele que pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em

---

<sup>2</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Antecipação da tutela

dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel ou imóvel.

Deste modo, a ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo.

Assim, na tutela monitória o processo de conhecimento é substituído por uma fase sumária, dirigida à emissão de um provimento jurisdicional mandamental apto a converter um título em executivo judicial.

Existe diferença da tutela em si, pois há ordem judicial para pagamento, que gera provimento em que prevalece a eficácia mandamental e há também diferenciação dos meios de prestação da tutela jurisdicional, havendo diversas alternativas para o curso do processo, conforme seja a manifestação do demandado. Por conseguinte, segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 195) trata-se de processo de conhecimento de rito especial, com a peculiaridade de nele poder ser emitido um provimento diferenciado, que tem a natureza de sentença liminar e que versa sobre a admissibilidade ou não da tutela monitória.

### **Juizados Especiais Cíveis**

A Lei nº 9.099 de 26.09.1995 instituiu o Juizado Especial Civil estadual e a Lei nº 10.259 de 16.07.2001 instituiu o Juizado Federal, formas alternativas para solução dos conflitos de interesses, pautada pela celeridade, informalidade, simplicidade e economia processual, com objetivo de criar meios para diminuir a litigiosidade contida, concorrendo para a redução das lides pela conciliação ou pela transação.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 772) “a justiça dos juizados pretende realmente ser uma justiça cidadã, segundo o modelo em que se inspirou, as *small claim's courts* dos Estados Unidos da América do Norte.”

Por conseguinte, de forma sucinta foram mencionadas algumas formas de tutelas diferenciadas.

### **TUTELAS DIFERENCIADAS NAS TUTELAS DE URGÊNCIA**

A tutela de urgência para Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 161) é a que decorre do processo adaptado a fornecer prestação jurisdicional em tempo inferior àquele que requer o processo de conhecimento, tendo em vista a situação de direito material ou processual que necessita de proteção imediata.

Compreende tanto a tutela cautelar como a tutela de urgência não cautelar, esta última em face de particulares situações de direito material, porque da carência da tutela normativa não pode resultar

lesão da garantia de tutela jurisdicional. A tutela de urgência e cautelar deve seguir as garantias do devido processo legal, mesmo que haja algum risco, pois o que é razoável para uma pretensão não é para a outra.

Para que o titular do direito não tenha que aguardar o trânsito em julgado da sentença ou para poder usufruir do direito material que reclama imediatidade, o direito processual moderno concebeu uma *tutela jurisdicional diferenciada*, que recebe o nome de *tutela de urgência*, segundo Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 55), desdobrada, no direito brasileiro, em:

[...] duas espécies distintas: a) a tutela cautelar, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e b) a antecipação da tutela, que por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.

No campo das medidas cautelares, tomam-se providências *conservativas*, apenas dos elementos do processo, assegurando, dessa forma, a futura execução do que a sentença de mérito venha a determinar. Já no âmbito da tutela antecipatória, entram medidas que permitem a imediata satisfação da pretensão (direito material) da parte, embora em caráter provisório e revogável. Para valer-se da tutela cautelar, basta ao litigante demonstrar uma aparência de direito (*fumus boni iuris*) e o receio fundado de um dano iminente e de difícil reparação (*periculum in mora*). Mas, para alcançar a satisfação antecipada do direito material, a lei exige da parte a *prova inequívoca* tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa por parte do réu (art. 300 do CPC).

As medidas de urgência, tanto na tutela cautelar como na tutela antecipada, apresentam-se sempre como excepcionais e não como mera faculdade da parte ou do juiz. Não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e configuram abuso de direito ou de poder, quando promovidas fora dos condicionamentos rigorosos da lei.

A doutrina que predomina no Brasil sobre a tutela cautelar guarda fidelidade à italiana, sendo que admite o critério de provisoriedade do provimento como elemento identificador da cautelaridade, o que acarreta o indevido reconhecimento entre tutela cautelar e tutela antecipatória, como explica Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 162).

Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 16) a confusão tem origem em Chiovenda, o qual classificou as formas de execução alicerçadas em *periculum in mora* como se fossem cautelares, o que foi reavido por Calamandrei. Causou o equívoco admitir que a execução provisória, com base no perigo da demora, transforme-se em tutela cautelar, sendo que a execução provisória não deve perder a característica de execução, qualquer que seja a causa de pedir.

Nos sistemas jurídicos europeus, em particular no italiano, alemão e francês, a tendência tem sido no sentido de criação de formas de *tutela urgente*, que se servem do mesmo procedimento originariamente criado como instrumento destinado somente à tutela cautelar, embora sejam essas outras espécies de tutelas satisfativas, e não cautelares, como ensina Ovídio A. Baptista da Silva (*ibidem*):

É possível classificar, em nosso direito, as espécies de tutela urgente que se valem do processo cautelar, tal como certos juristas têm procedido na Itália, basicamente em três grupos, mesmo depois da introdução das medidas antecipatórias dos arts. 300 e 497 do CPC: a) tutela de urgência satisfativa autônoma; b) tutela de urgência satisfativa interinal; c) tutela de urgência propriamente cautelar.

A tutela de urgência satisfativa autônoma é forma de tutela jurisdicional fundada na urgência e na plausibilidade do direito invocado, caracterizada pela sumariedade da cognição e do procedimento, sem que haja cautelaridade, segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 175) que complementa, o que se discute é a existência de um processo sumário de urgência, que se utiliza de procedimentos abreviados (como o procedimento cautelar), sem ser cautelar, com base em um dever geral de segurança.

Como exemplificou Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 90), pode-se citar a ação “cautelar” para obter a liberação dos cruzados que teve caráter satisfativo e definitivo, que dispensou ação principal posterior que onerasse o autor.

A tutela de urgência satisfativa interinal é voltada a regular questão do processo que aparece incidentalmente, isto é, volta-se à imediata realização de uma situação ligada ao processo, consubstanciando medidas provisionais despidas de autonomia processual, afirma Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 172). Nas demandas não-cautelares do art. 888 do Código de Processo Civil, havendo liminar, a sentença posterior apenas confirmará a tutela já realizada. No procedimento ordinário, o art. 273, I e II do Código de Processo Civil ilustra esse tipo de tutela; seguido também pelos art. 461, § 3º do mesmo diploma.

E quanto à tutela de urgência propriamente cautelar, segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares (2000, p. 165), a doutrina dominante sobre os elementos que a caracterizam, foram construídas principalmente a partir do pensamento de Piero Calamandrei:

[...] que se referia a instrumentalidade qualificada e hipotética, entendendo que os provimentos cautelares não têm um fim em si mesmos, sendo dirigidos à produção de um provimento definitivo. Seu pensamento desenvolve-se até concluir que a tutela cautelar é caracterizada por uma atividade de polícia judiciária a garantir a seriedade da Justiça e se suas decisões. O caráter distintivo na doutrina de Calamandrei é a finalidade da tutela cautelar – evitar o *periculum in mora*, conjurar o perigo de dano jurídico derivado da demora da prestação jurisdicional de mérito. É por isto, função preventiva e urgente. A estes dois elementos acrescenta o da instrumentalidade, porque as providências cautelares seriam um meio idôneo para que a providência definitiva produzisse todos os seus efeitos úteis.

Para Teori Albino Zavaschi (2000, p. 57), confrontando a tutela antecipada com as medidas cautelares, estas têm as seguintes características:

[...] é postulada em ação autônoma (processo cautelar); é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra do mesmo conteúdo ou natureza, isto é, por outra medida de garantia, razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência.

Por conseguinte, a tutela de urgência, na lição de Antonio Carlos Marcato (2004, p. 2218), constitui escopo fundamental do processo cautelar, visando à prevenção da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, assumindo assim, a tempestividade da tutela jurisdicional valor maior do que o representado pela segurança das razões determinantes da sua necessidade.

## CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas formas de tutela diferenciada que buscam dinamizar, sob a forma de assegurar ou adiantar, o provimento final prolatado pelo judiciário.

A tutela jurisdicional diferenciada deve ser utilizada pelos operadores do direito com maior frequência, pois é patente sua contribuição para a efetividade e a celeridade processual.

Como o Estado não permite a auto-tutela, a função-poder do Judiciário é assegurar acesso à justiça da maneira mais rápida e capaz de garantir com eficiência e agilidade que o direito seja respeitado, assegurado ou restituído, o que pode ser realizado sob a forma de tutela diferenciada, sempre garantindo o devido processo legal.

Na legislação pátria existem tutelas diferenciadas para garantir que o processo de conhecimento se desenvolva e seja assegurada a efetiva e satisfativa execução do provimento jurisdicional final, em curto espaço de tempo, fatos que desestimularão as pessoas a serem rés frente ao Judiciário.

A paz social somente será alcançada quando houver relação de equilíbrio e harmonia entre as pessoas. Desse modo, quando se busca o Poder Judiciário é porque a relação se quebrou ou pelo menos está maculada, por conseguinte, as tutelas diferenciadas vêm apaziguar ou diminuir os conflitos, restabelecendo, com maior brevidade possível, a pacífica convivência na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. Revista de Processo, São Paulo, n. 65, ano 17, p. 45-55, jan./mar. 1992.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm). Acesso em: 21/01/2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 21/01/2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Instituições de direito processual civil. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v.3

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos et all. Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2005. v.3

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v.2

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 23. ed. rev. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. v. 3

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. Tutela jurisdicional diferenciada. Tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Tutela jurisdicional da empresa: aula no Curso de Mestrado em Direito de Marília, UNIMAR, mar./2007. slides.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1

\_\_\_\_\_. Curso de direito processual civil. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.  
v. 2

\_\_\_\_\_. Curso de direito processual civil. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.  
v. 3

\_\_\_\_\_. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 15, p. 16, jan./fev. 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

## O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

*Angel Rafael Marino Castellanos<sup>1</sup>*

### **O que é a Constituição?**

Tal pergunta há suscitado as mais diversas respostas entre juristas, sociólogos e cientistas políticos. De certo, uma dessas respostas poderia ser que a Constituição é a Lei Suprema, a Carta Magna de um determinado Ordenamento jurídico, que pelo seu conteúdo e procedimentos utilizados para sua produção têm força normativa superior e se constitui como o referencial normativo de toda produção, interpretação e aplicação jurídica, assim como da constituição e atuação dos Poderes Públicos e o desenvolvimento das relações sociais numa determinada comunidade política. Embora seja essa definição apresentada aceitável, não é suficiente para identificar a relevância da Constituição em outras e todas as dimensões que o conceito representa. Sua significação especialmente na dimensão axiológico-moral demanda que seja submetida ao senso crítico para redimensionar seu alcance para além do plano jurídico-normativo. Essa pretensão do presente artigo, justamente nesta obra cujo propósito é homenagear e ressaltar a Constituição.

Utilizaram-se as opiniões consideradas clássicas sobre esse tema, e mesmo evitando citações desses textos seguiu-se a metodologia de ir adicionando a cada tese já conhecida apenas aqueles elementos considerados relevantes para construir uma definição menos exclusivamente normativista, dando espaço a outra visão redimensionada.

Dessa forma, chegou-se à compreensão da Constituição como um (micro) sistema normativo que formando parte de um Sistema Jurídico concreto é a expressão de um projeto nacional que contém um modelo de vida societária daquilo que a comunidade política quer ser e aspira ter. Uma utopia programada cujo fundamento de validade é uma racionalidade axiológica normativa sobre como deve ser organizada e conduzida as relações humanas. Assim sendo, a Constituição não se restringe unicamente à realidade histórica existente no momento de sua promulgação senão que engloba uma projeção tanto ao futuro imediato como ao distante no tempo.

A pergunta que encabeça o presente escrito se refere a o que é a Constituição. Apesar de parecer uma resposta lógica, devemos entender que a definição da Constituição tem sido influenciada pelos avanços e desenvolvimento da Teoria do Direito e da própria Teoria da Constituição e as diversas experiências políticas nacionais, que incluem as mais variadas experiências constitucionais, desde as constituições outorgadas, as antidemocráticas, as ditatoriais e as democráticas. Realidades que demandam uma nova

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito (1983), Professor universitário desde 1983. Doutorado em Direito (1996) pela Universidad de Oriente de Santiago de Cuba - Cuba e revalidado em 2002 pela Universidade de São Paulo-USP - Brasil. Diplomado em Direito, Ciências Políticas e Direito Constitucional pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madrid - Espanha. Docente em nível de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado em Universidades e Instituições de Ensino Superior Brasileiras e Estrangeiras em matérias como Teoria do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Teoria do Estado, Ciência Política, Filosofia do Direito, Metodologia da Investigação, Metodologia do Direito, Teoria Geral do Processo, entre outras. Professor efetivo na Universidade Federal do Espírito Santo durante 15 anos (2002 - 2016). Autor de vários artigos, capítulos de livros e livros. Tem vasta experiência em administração universitária e no planejamento e desenvolvimento de instituições educacionais. Produtor de conteúdos para o blog jurídico "Noções sobre o Direito e o Estado".

perspectiva em torno do conceito de Constituição.

Ferdinand Lassalle<sup>2</sup> respondeu à questão debatendo a definição que apresentava a Constituição como a expressão racional normativa de um anseio de uma comunidade, aquilo que se expressava como lei fundamental de uma comunidade ou de um Estado, desde uma perspectiva estritamente jurídica. O sentido do discurso de Lassalle foi dar à Constituição uma perspectiva, além da jurídica, que tivesse referência aos vieses sociológicos e políticos, e por isso o referido autor critica a simples ideia ou definição de que a Constituição é a lei fundamental do Estado, sem que essa Constituição seja a expressão de uma realidade política, alertando que sem essa necessária correspondência a Constituição seria apenas uma “folha de papel”. Para esse autor, os fatores reais do poder (que segundo sua tese seria os que realmente definiam os rumos e faces da sociedade) seriam a realidade política e a própria Constituição.

Os federalistas descreveram a Constituição como a maneira de organizar os poderes do Estado e especialmente, as formas de limitá-los e estabelecer a relação e equilíbrio entre eles (Checks and balances).

A perspectiva que caracteriza a Constituição como expressão da organização do Estado, os Poderes públicos e a relação entre eles tem uma sobrecarga na dimensão política, sob o entendimento que a delimitação constitucional do poder seria a mais importante garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos e por isso, resultaria um regime político não autocrático.

Em sentido geral, as experiências constitucionais do Século XVIII<sup>3</sup> foram resultado de um modelo político cuja prioridade era a formalização de um novo regime oposto e contrário ao “Antigo Regime”, contra o paradigma colonialista de dominação cujas decisões não tiveram nas leis e acordos seus limites.

O Século XIX foi cenário para uma expansão constitucional inclusive além da Europa, que por uma parte “internacionalizou” o modelo de “Estado Liberal” e por outro, diversificou as particularidades constitucionais nacionais, que incidiu em dois sentidos sobre o pensamento constitucional, ora a expansão definitiva do novo paradigma do Estado constitucional, ora um processo natural de debilitação do referido paradigma como consequência das distâncias econômicas, históricas, culturais e em especial, políticas dos novos Estados constitucionais.

As diversidades de experiências constitucionais não mudaram a visão política da Constituição nem a ênfase a essa dimensão, com a adição de considerá-la como reguladora dos direitos e liberdades dos indivíduos e um limite à atuação dos Poderes públicos em face daqueles.

Nas novas repúblicas<sup>4</sup> e nos Estados constitucionais surgidos nesse Século XIX, os processos constituintes e as Constituições foram marcadas por movimentos independentistas que destacaram a

---

2 LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

3 Nesse Século destacam-se as Constituições de 1791 e 1793, ambas na França revolucionária. BURDEAU, GEORGES: Derecho Constitucional e instituciones políticas. Prólogo de Raúl Morado. Editora Nacional. Madrid, 1981.; MCLLWAIN, C.H. Constitucionalismo antiguo y moderno. Traducción de Juan José Solozabal Echavarría. Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

4 A Constituição Monárquica brasileira de 1824 foi uma experiência singular na América. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40ed. São Paulo: Malheiros, 2017; WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.; COUTINHO, Jacinto de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. Estudos Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

questão nacional, de uma parte, enquanto outros enfatizaram as tradições monárquicas<sup>5</sup>, sempre seguindo os então consagrados modelos norte-americano e europeus<sup>6</sup>.

Durante a primeira metade do Século XX, a ideia de Constituição foi teoricamente relatada, principalmente, por dois posicionamentos, a saber, o decisionismo schmittiano<sup>7</sup> e o normativismo kelseneano.<sup>8</sup>

Schmitt,<sup>9</sup> destacou-a como expressão do poder, que desde sua posição hegemônica ordenava e regulava as relações sociais e de poder. Kelsen<sup>10</sup>, desde sua neutralidade científica e o normativismo sistêmico e formalista apresentava-a como norma fundamental no sentido jurídico-normativo e fonte da validade do resto do Direito positivo.

Tanto o primeiro como segundo negaram toda possibilidade de destaque à dimensão axiológico-moral da Constituição, e justo por isso, não divisaram que fora da inclusão dessa perspectiva o texto constitucional seria apenas ordem política e normativa posta, derivada e consequência ora do poder, ora de procedimentos, sem que a questão consubstancial pudesse ser apreciada.

As experiências constitucionais e políticas da primeira metade do Século XX levantaram com mais força a crítica contra uma teoria constitucional neutra, formalista, procedimentalista e eminentemente politizada, para dar passo a um pensamento constitucional empenhado também na apreciação consubstancial dos textos constitucionais, ao tempo que se discutia a exigência de um fundamento de validade além da questão procedimental e política. Esse processo de transformação viu-se acompanhado por uma mudança de modelo constitucional, derivado das críticas ao Liberalismo e ao próprio Estado liberal, de uma parte, e das reais experiências políticas e constitucionais.<sup>11</sup>

A Segunda Guerra mundial, a luta contra o fascismo e o nazismo e a vitória dos aliados condicionou a abertura para uma nova fase do Estado constitucional<sup>12</sup> e um novo modelo constitucional, isto é, o constitucionalismo social<sup>13 14</sup>. Com ele a dimensão política, jurídico-normativa e procedimental

5 As Constituições espanhola de Cadiz de 1812 e a portuguesa de 1822 seriam bons exemplos. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Ed. Mezquita. Madrid, 1982.

6 O constitucionalismo inglês foi, assim como é singular. A inexistência de uma Constituição escrita em favor dos usos, costumes e prática política tradicional constituíram um Estado constitucional atípico não acolhido além das ex-colônias que acabaram integrando a Commonwealth. MCLLWAIN, C.H. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozabal Echavarría. Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

7 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1934.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

9 Schmit, crítico do liberalismo da Constituição de Weimar também criticou a orientação racional normativa que acompanhava a ideia de Constituição desde o Século XVIII. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

10 Kelsen ao diferenciar entre Norma fundamental hipotética e norma fundamental no sentido jurídico-normativo distingue a Constituição no sentido lógico do sentido normativo. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.; KELSEN, Hans. *Teoria general del Estado*. Traducción de Luis Logaz L. Editorial Labor. Barcelona, 1934.

11 Nesse contexto histórico seriam destaque ademais da Constituição mexicana de Queretaro de 1917, a Espanhola republicana de 1931 e a cubana de 1940. MARIÑO-CASTELLANOS, Angel Rafael. *La Constitución como Norma Jurídica. Causas y Efectos de la Fuerza Normativa Superior de La Constitución*. Revista Direito e Sociedade das Faculdades Integradas de Três Lagoas. Ano 1, nº1, p.44/63.

12 Embora a crise geral do capitalismo fosse da década de 30. BEAUD, Michel. *História do capitalismo: de 1500 aos nossos dias*. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.; ZYGMUNT, Bauman. *Capitalismo parasitário*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2010.; SINGER, Paul. *O capitalismo: sua evolução, sua lógica e sua dinâmica*. São Paulo: Moderna, 1987.; HOBSON, John A. *A evolução do capitalismo moderno*. 2 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

13 O constitucionalismo social respondeu a um novo paradigma jurídico, político e constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina. [199?]; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universitaria. Madrid, 1977.

MARIÑO-CASTELLANOS, Angel Rafael. *A finalidade e justificativa do Direito, a Questão da Justiça e da Legitimidade do Direito*. Revista Direito e Paz. Ano 10, nº19, p.321-332.

14 O constitucionalismo socialista, mais marcante na URSS, difere e muito do constitucionalismo social. A diferença central é que nesse último é institucionalizado um Estado constitucional e por isso, oficializa a Separação de poderes, o pluripartidarismo, a democracia e tende à integralidade dos Direitos fundamentais. HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona. 1971; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. MACKENZIE, Norman. *Breve história do socialismo*. Rio de Janeiro: Zahar Ed.. 1967.

acrescenta-se à dimensão axiológico-moral. A Constituição sem deixar de ser reconhecida como a Lei Fundamental do Estado, precisaria atender às exigências axiológico-morais de humanismo, da universalização da igualdade, da justiça social, do bem comum, da utilidade pública, da liberdade geral e da felicidade para todos, refletidas no seu conteúdo e sem as quais a sua validade seria contestada.<sup>1516</sup>

Longe de alguma diminuição da força normativa superior da Constituição como consequências das mudanças e transformações aconteceu um processo justamente inverso, pois, os textos viriam a serem fortalecidos pela maior legitimação de seus enunciados. A principiologia constitucional resultante trouxe uma outra compreensão da Constituição.<sup>17</sup>

Hesse em célebre palestra defende a força normativa superior da Constituição contra qualquer tentativa de reduzi-la a um texto político ou a uma “folha de papel”, e para tanto, enfatiza sua relevância jurídico-normativa.<sup>18</sup>

Konrad Hesse divide sua palestra em dois momentos diferentes: um em que se dedica analisar criticamente a ideia de Lassalle sobre o que é a Constituição, onde aliás critica que Lassalle reduz a transcendência jurídica que a Constituição tem. Num outro momento, Hesse insiste em que a Constituição não pode ser considerada uma “folha de papel” porque os próprios fatores reais do poder ficam nela institucionalizados e a ela vinculados. Esses fatores reais do poder uma vez constitucionalizados passam a ser submetidos ao poder normativo da Constituição e a ter suas atuações estabelecidas, controladas e limitadas.<sup>19</sup> Entretanto, o marcante na “Força normativa da Constituição” de Hesse foi distinguir a Constituição como texto normativo e vontade da Constituição (que da vigência daquela se deriva) e a vontade de Constituição como um dever ser axiológico moral que fundamenta aquela anteriormente referida.<sup>20</sup>

A evolução da noção de Constituição esteve relacionada em todo o Século XX com as atuações das Cortes Constitucionais, que reforçaram a normatividade constitucional e sua prevalência no campo jurídico, político e institucional, além da relevância e vitalidade dos Direitos Fundamentais.<sup>21</sup>

15 A constituição brasileira de 1946, a italiana de 1947 e a alemã de Bonn de 1949 são exemplos. Logo seguidas nessa mesma orientação pela portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira da redemocratização de 1988. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina. [199?]; DEL VECCHIO, Giorgio. História da Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório; FERNÁNDEZ, Eusebio; DE ASÍS, Rafael. Curso de Teoría del Derecho. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

16 Nos Estados Unidos onde não houve movimentos constitucionais pós-guerra, as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos foram as mudanças constitucionais que refletiam esses câmbios. Principalmente o caso Brown sobre o fim da segregação racial nas escolas. (Brown v Board of Education Decision – 1954).

17 Em muito houve uma importante influência das novas correntes do pensamento jurídico e jusfilosófico, caso enfático do pós-positivismo, da argumentação jurídica e da relevância reconhecida aos direitos fundamentais. PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins

Fontes, 1996.; RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, (Apêndice 5 minutos de Filosofia do Direito); HART, H.L.A. O conceito de Direito. 5 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.; DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. DWORKIN, Ronald. Levando direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ALEXYS, Robert: Teoría de los derechos fundamentales. Editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993..

18 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

19 E isto, na intenção de Hesse, é destacar que a Constituição não é um documento político, não é apenas uma institucionalização dos poderes públicos, não apenas um reflexo de uma realidade político-econômico e social, senão também uma norma jurídica, no sentido de uma lei fundamental. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2ª edición. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

20 A posição de Hesse é notoriamente diferente e distante à Kelsen, pois Hesse afasta-se claramente da Norma fundamental hipotética kelseniana ao procurar o fundamento da Constituição na vontade de constituição, o que resulta bem diferente do vácuo de Kelsen. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.; KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.215-245

21 Mesmo na Inglaterra sem tradição de Constituição escrita foi instituída Corte Constitucional, a citar exemplo.

Em igual sentido a criação de Cortes de Direitos Humanos em nível internacional e regional<sup>22</sup> deram ao constitucionalismo e à ideia de Constituição uma ampliação e fortalecimento nas dimensões jurídicas e principiológicas, e o resultado visível foram um humanismo constitucional e um realce ao Estado Democrático de Direito, entendendo, então, como pré-condição essencial à ordem justa e à democracia.

Compreensível a partir daí a universalização da principiologia constitucional, a hermenêutica constitucional humanista, o ativismo judicial e as sucessivas ações positivas de origem hermenêutico-judicial, que transformaram a realidade jurídica e política, que por sua vez incidiram no fortalecimento da Constituição no sentido normativo e no seu papel de instrumento regulador reitor e principal para a vida em sociedade juridicamente civilizada.<sup>2324</sup>

Se o Século XX pode ser considerado o das luzes principiológicas, da universalização do constitucionalismo humanista e dos Direitos Humanos, o XXI que vivemos será da definitiva socialização da Constituição e do constitucionalismo.

Quando se pergunta hoje o que é a Constituição, pensa-se ainda num corpo de princípios e diretrizes que estabelece direcionamentos aos órgãos do Estado, entretanto, definitivamente a Constituição não é apenas isso. Os tempos exigem uma redefinição desse conceito de maneira a se incluir, desde a própria definição, maior protagonismo e participação ao povo, tanto na elaboração constituinte como no dinâmico e permanente processo de complementação, realização e eficácia.

O Século XXI trouxe como desafio não mais o reconhecimento do fundamento popular da Constituição, o equilíbrio e independência entre os Poderes da soberania, a relevância dos Direitos do homem e o cidadão (Direitos fundamentais) como razão fundacional e critério final de legitimação constitucional, porque foram imperativos conseguidos (em maior ou menor grau) nos primeiros três séculos de constitucionalismo, do Estado constitucional e da Constituição. A demanda atual, por isso, seria a socialização da Constituição e do constitucionalismo, visando o aumento da participação direta e plebiscitária do povo, que em definitivo é o legítimo e verdadeiro titular do poder. O Estado deriva do povo, assim como o Governo e em sentido geral todas as autoridades, órgãos e instituições públicas, mas estes não são o povo, porque o mandato e a representação política e institucional não anulam a titularidade originária daquele.

A socialização da Constituição trará neste Século XXI a demanda de estender sua definição para ir da tradicional dimensão legal-normativa em busca de sua inserção real, direta e imediata na vida social e política que vive a comunidade política que regula e institucionaliza. Passada ficará a ideia reducionista de

---

22 Carta das nações Unidas, Corte Internacional dos Direitos Humanos da ONU; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; Corte Interamericana dos Direitos Humanos, entre outras. ONU. DOCUMENTOS. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/documentos/>>. Acesso em 31. Ago. 2018.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. Ed. Mezquita. Madrid, 1982.

23 Inclusive com os acontecimentos políticos de negação humanista e principiológica que se prolongaram na segunda metade do Século XX, como foi a institucionalização do racismo nos Estados Unidos, mesmo apesar da decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos no caso Brown (Brown v Board of Education Decision - 1954), o Apartheid na África do Sul, as experiências de ditaduras e Estados totalitários em alguns países da Europa e da América Latina, por citar alguns exemplos. A nova e renovada ideia de Constituição, de Estado constitucional democrático, de constitucionalismo humanista e da indisponibilidade dos Direitos Humanos em face aos poderes políticos, foi expandindo-se e consolidando, ao ponto que é possível falar-se de uma definitiva universalização desses avanços.

PARAGUAY. Constitución de la República de Paraguay. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)>. Acesso em 30. Ago. 2018.; COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> Acesso em 30. Ago. 2018.

24 Uma contribuição importante deve-se identificar no processo de desintegração da União Soviética e da desaparecimento do “socialismo real”. HOBSBAWM, Eric. A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Constituição apenas como documento legal de maior hierarquia jurídica, política e normativa, sendo com o avanço do século passada a ser considerada como um dever-ser teleológico. Um programa de vida e ações da comunidade política juridicamente civilizada cuja vitalidade, realização e eficácia somente poderão ser possíveis com a participação ativa, direta e consciente de seu maior e legítimo patrocinador: o povo.

Assim deve ser pensada a Constituição, desde sua elaboração constituinte, em processo livre, aberto, plural e democrático, onde todos os membros da comunidade política poderão participar de forma direta e por meio de representantes. Este seria um faro referencial daquilo que se quer ser e deseja ter.<sup>25</sup>

E desde sua condição de referencial axiológico-moral obrigatório e vinculante para todos, a Constituição deverá ser definida e seguida como um grande consenso teleológico. Sua principal força normativo-legal estará associada tanto à legitimidade dos seus dispositivos e ao compromisso compartilhado entre Poderes de Soberania, órgãos, instituições e autoridades dele derivadas como aos cidadãos com a realização dos fins societários almejados.

---

25 A ideia tem fundamento no “O império do Direito” de Ronald Dworkin, especialmente na ideia apresentada pelo autor no Capítulo final: O Direito além do Direito. (477 ss.) DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**FAECA DOM BOSCO  
DE MONTE APRAZÍVEL**

**REVISTA JURÍDICA  
O SABER  
COMPLETAMENTE**