

ORGANIZADORES
FERNANDA BRANDT
JORGE RENATO DOS REIS

INTERSECCÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO:

A CONCRETIZAÇÃO
DA SOLIDARIEDADE



EDITORA ÍTHALA

CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano – Professora do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela Fordham University School of Law - EUA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR; Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Especialista em Direito

Constitucional pela UNIFOR-CE; Consultora Jurídica na área de Direito Urbanístico. É professora do Centro Universitário Christus, em Fortaleza, nas disciplinas de Direito Administrativo II, Coordenadora de Pesquisa da mesma Faculdade e professora associada do Escritório de Direitos Humanos vinculado ao Curso de Direito. É professora licenciada da Faculdade Paraíso - FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA desde 2014; Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2013; É professora de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri - URCA; Professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Baccellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduação em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Intersecções jurídicas entre o público e o privado:

161 a concretização da solidariedade / organização de Fernanda Brandt, Jorge Renato dos Reis – Curitiba: Íthala, 2018.

288p.; 22,5cm

Vários colaboradores

ISBN: 978-85-5544-150-9

1. Solidariedade. 2. Direitos sociais. 3. Direito público. 4. Direito privado. I. Brandt, Fernanda (org.). II. Reis, Jorge Renato dos (org.).

CDD 340.1 (22.ed)

CDU 340

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Paulo Schiavon
Revisão: Fabricia Romaniv
Projeto Gráfico: Sônia Maria Borba
Diagramação: Bruno Santiago Di Mônico Rabelo

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPROGRAFICOS
Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ORGANIZADORES
FERNANDA BRANDT
JORGE RENATO DOS REIS

**INTERSECÇÕES
JURÍDICAS
ENTRE O PÚBLICO
E O PRIVADO:
A CONCRETIZAÇÃO
DA SOLIDARIEDADE**



**EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2018**



PREFÁCIO

Recebi com muita alegria o convite para prefaciar a obra a “Intersecções jurídicas entre o público e o privado: a concretização da solidariedade”, sendo composta de artigos produzidos pelos docentes e discentes que integram o grupo de pesquisas coordenado pelo prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, nas atividades junto ao programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

Todos os trabalhos tem um objetivo em comum: discutir como o princípio da solidariedade deve ser a base estruturante de todas as relações jurídicas e sociais, comportando-se como uma princípio estruturante da ordem jurídica.

A perspectiva principiológica adotada na presente obra, quer se mostrar de forma complementar, pois ao mesmo tempo que busca resgatar o sentido axiológico do princípio no âmbito da constituição de valores norteadores das relações sociais, não deixa de discutir seu sentido deontológico impondo-se um dever ser, portanto, com toda a sua força normativa.

Importante também destacar que dentro de uma perspectiva de complementariedade, o princípio da dignidade humana permeia as temáticas enfrentadas, haja vista que se a solidariedade como princípio relaciona-se ao sentido alteridade, de reconhecer o outro como sujeito de direito e o papel de todos na construção da justiça social; a dignidade tem o condão de trazer o conteúdo e as condições fundamentais da nossa condição enquanto indivíduos para garantia desse pacto social.

Falar em princípio da solidariedade e da dignidade humana, nas relações público privadas diante do cenário jurídico, político e ideológico que se vê instaurado no Brasil contemporâneo é praticamente um ato de resistência, diante das inúmeras mazelas sociais e jurídicas que entre o Texto Constitucional e o contexto constitucional, observamos cotidianamente verdadeiros abismos.

Creio que é justamente nesses momentos de instabilidade que deve emergir proposições e soluções criativas da academia, buscando a construção de pontes de interlocução e inteligência aos problemas sociais, pautando sempre a defesa das condições de humanização dos indivíduos e da sociedade. Não há um verdadeiro desenvolvimento humano e econômica em sua sociedade se houver um distanciamento da justiça social.

Do contrário, receio termos de reconhecer o que Ferdinand Lassale há muito já professava, que a essência de uma Constituição reside nos seus fatores reais e efetivos e, se a Constituição escrita não corresponder aos mesmos, não passará de uma mera folha de papel. Como otimista que sou, e com o mesmo entusiasmo dos autores dessa obra, inspirados pela perspectiva de Konrad Hesse, acreditamos que a força normativa da Constituição é uma tarefa que foi confiada a todos nós. Definitivamente, precisamos colocar a Constituição real e a jurídica em uma verdadeira relação de coordenação, pautada pela solidariedade na construção dessas relações.

Ao debater a necessidade de efetivação das intersecções público privadas sob o manto da solidariedade nos 30 anos de Constituição, a presente obra nos conduz a um horizonte comum interpretativo e sob a lente da dignidade nos coloca o seu modo de ver e construir as relações sociais. Desejo aos leitores, um olhar esperançoso para cada linha traçada. Encerro com as lições de Dante Alighieri: “No inferno os lugares mais quentes são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempo de crise”. É tempo de resistência! Desejo uma boa leitura e uma boa luta a todos nós!

Santa Cruz do Sul, verão de 2018.

Caroline Müller Bitencourt

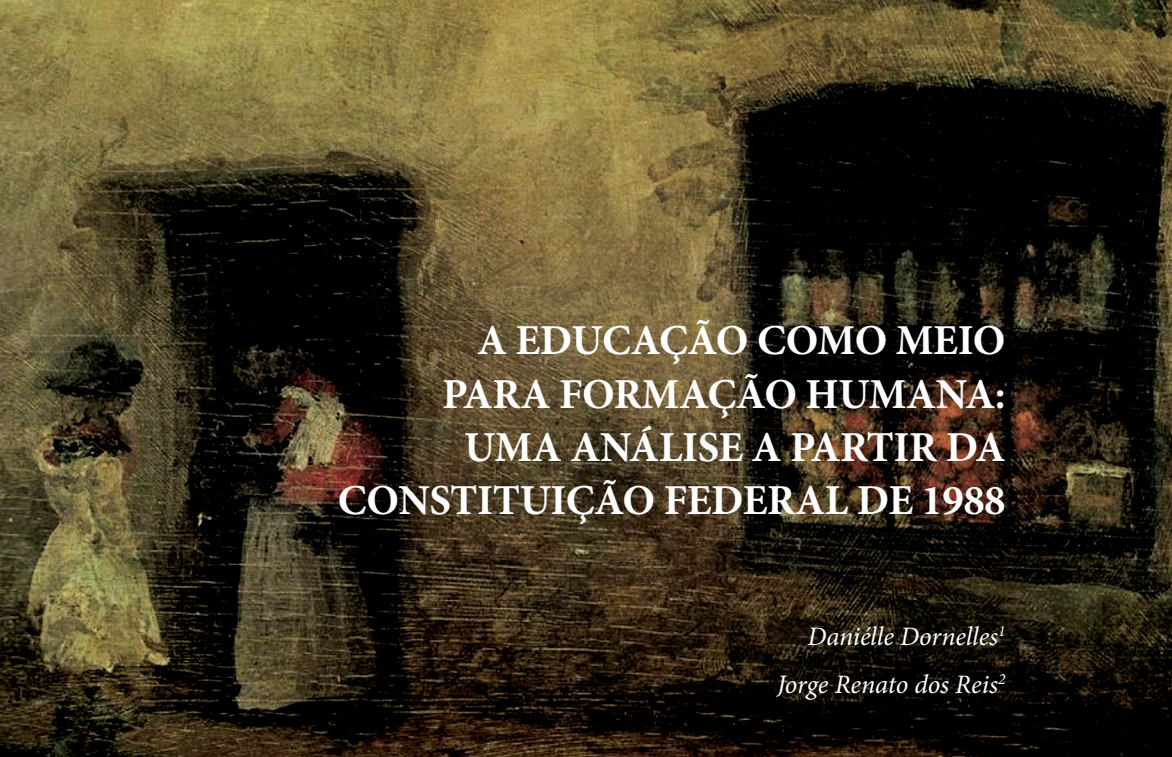
Doutora em Direito e professora PPGD - mestrado e doutorado em direitos sociais e políticas públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Chefe do Departamento de Direito.



SUMÁRIO

A EDUCAÇÃO COMO MEIO PARA FORMAÇÃO HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	9
Daniëlle Dornelles Jorge Renato dos Reis	
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA SUA OBSERVÂNCIA E APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EM QUE UMA DAS PARTES SEJA UM ENTE PÚBLICO	25
Euarda Simonetti Pase Fernanda Brandt	
APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS	39
Carla Luana da Silva	
O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PODER LEGISLATIVO – A CONFORMAÇÃO DO PARLAMENTAR E O DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO	59
Jonas Faviero Trindade	
O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – DESAFIOS PARA A ATUAL E PARA AS FUTURAS GERAÇÕES	73
João Pedro Arruda	
O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NOS CONTRATOS DE GERAÇÃO DOS FILHOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS	85
Cristine Beckenkamp Fernanda Brandt	

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO	97
Flavia Alejandra Fernández Pereira	
A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL PELO COMPARTILHAMENTO DE IMAGEM SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE	111
Daniele Corte Mello	
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DE TRÂNSITO COM DANO MORTE, ENVOLVENDO VEÍCULO PESADO, SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE: UM NOVO PARADIGMA	125
Jônatas Michels Ilha Luiza Eisenhardt Braun	
A SOLIDARIEDADE NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	143
Paulo José Dhíel	
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	161
Jorge Renato dos Reis Priscila de Freitas	
DIGNIDADE-VULNERABILIDADE <i>VERSUS</i> DIGNIDADE-LIBERDADE – UM ESTUDO CRÍTICO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	177
Andrei Ferreira de Araujo Lima Daniéle Dornelles	
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	197
Betina Galves Rui Priscila de Freitas	
A PROTEÇÃO DELEGADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA	211
Jaqueline Macedo dos Santos	
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS E O ACESSO À MORADIA DAS PESSOAS NA CONDIÇÃO DE REFUGIADO NO BRASIL	227
Mara Ahlert	
A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DENTRO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	243
Guilherme Prestes De Sordi	
CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA: DA INOVAÇÃO DA SÚMULA 239 DO STJ E DA DESNECESSIDADE DE REGISTRO PARA FINS DE ADJUDICAÇÃO	259
Érica Veiga Alves Jorge Renato dos Reis	
A EFETIVIDADE (OU NÃO) DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	275
Helena Carolina Schroeder Lisandra Inês Metz	



A EDUCAÇÃO COMO MEIO PARA FORMAÇÃO HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Daniëlle Dornelles¹

Jorge Renato dos Reis²

RESUMO

Sem dúvida, se pode dizer que é por meio da educação ou, ainda, da educação para direitos humanos e mais, da educação na solidariedade, que se formarão cidadãos atentos para nova realidade social, caracterizada pelos valores mais humanos e solidários e também comprometidos socialmente, sendo, portanto, um tema que trouxe importantes reflexões e que mereceu uma análise atenta diante de sua relevância na contemporaneidade, principalmente quando direcionada à formação jurídica. Através do método dedutivo, buscou-se responder à seguinte indagação: Quando da formação jurídica, as universidades e faculdades de direito brasileiras atendem ao disposto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988? Dessa forma, objetivou-se refletir e analisar como as universidades e faculdades de direito brasileiras vêm contri-

-
- 1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista BIPPS (Bolsas Institucionais para Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu), Edital 01/2018. Pós-graduada *Lato Sensu* (especialização) em Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduada *Lato Sensu* (especialização) em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Pós-graduada *Lato Sensu* (especialização) em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. E-mail: <d.dornelles@hotmail.com>.
 - 2 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul-FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. É advogado atuante. E-mail: <jreis@unisc.br>

buindo para o disposto no artigo 205 da Constituição Federal. Para tanto, foram acionadas as técnicas da documentação indireta, por meio de doutrina, como livros, revistas especializadas sobre o assunto, que permitam dar suporte ao texto e a sua possível conclusão. Os métodos de procedimentos utilizados no presente artigo foram o analítico e o histórico, analisando o tema e fundamentando sua aplicabilidade na contemporaneidade. Num primeiro momento, relevante demonstrar a importância da Constituição Federal de 1988 e apresentar uma das demandas sociais mais significativas, a educação. Em seguida, analisar o artigo 205 da Constituição Federal de 1988, através de três importantes questionamentos, para, no final, trazer base de dados e doutrinadores que muito contribuíram para demonstrar em que medida as universidades e faculdades de direito brasileiras atendem o disposto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988. Como resultado, verificou-se a necessidade de uma profunda reformulação do ensino, seja nas modificações dos currículos, seja na metodologia das universidades e faculdades de direito, para assim atender os preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direitos Humanos. Educação. Formação Jurídica. Solidariedade.

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é estudar e refletir acerca da educação como meio propulsor para formação humana, seguindo em uma análise a partir da Constituição Federal de 1988.

Através do método dedutivo, pretende-se demonstrar, quando da formação jurídica, em que medida as faculdades e universidades de direito brasileiras vêm atendendo ao disposto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente para o disposto no artigo 205 da Constituição Federal. Para tanto, foram acionadas as técnicas da documentação indireta, por meio de doutrina e livros, revistas especializadas sobre o assunto, que permitam dar suporte ao texto e a sua possível conclusão. Os métodos de procedimentos utilizados no presente artigo foram o analítico e o histórico, analisando o tema e fundamentando sua aplicabilidade na contemporaneidade.

Indo ao encontro do tema proposto, importante primeiramente referir a vinculação dos direitos fundamentais ao constitucionalismo contemporâneo, ambos se complementam. Não se pode pensar o modelo constitucional brasileiro distante dos direitos fundamentais. Estes, que são os direitos do ser humano, positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado; eles nascem e acabam com as Constituições, que irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Ao passo que os direitos humanos aspiram à validade universal.

Frisa-se que a Constituição Cidadã representou um período de transição para todo o Direito, quando assumiu as características do Constitucionalismo Contemporâneo. Este

que oferece, entre tantas proteções, um cuidado direcionado à educação, hoje inerente à pessoa humana, de extrema importância para o reequilíbrio social no país.

Denota-se, na contemporaneidade, a necessidade de uma efetiva concretização do direito a educação, atentando-se principalmente para a educação na solidariedade, sendo tarefa de todos os que trabalham na defesa dos direitos humanos efetivá-lo, para assim desfrutar de uma sociedade melhor, mais humana, desenvolvida, solidária, voltada ao bem comum, mais ética, voltada à cidadania, com profissionais de qualidade, e responsáveis pelas transformações exigidas pela realidade; enfim, tendo por base os preceitos da Constituição Federal de 1988.

2 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sabe-se que o principal objetivo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é garantir os direitos sociais, econômicos, políticos e culturais, tendo como cerne a dignidade da pessoa humana, demonstrando, nesse sentido, o caráter social do Estado Democrático de Direito.

Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a autossuficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos (CLAUDE, 2005).

Frisa-se que, uma vez constituído um Estado social de direito de inspiração democrática, não se pode jamais deixar de lado os postulados do modelo de Estado social e do regime político democrático, seja para compreensão, seja para interpretação da ordem jurídica.

Diante das várias características da Constituição Federal de 1988, esta pode ser definida como a lei fundamental do Estado brasileiro, a regra estrutural e de ordem superior.

Nessa esteira, ensina Leal (2003, p. XVI) que a Constituição é uma “ordem jurídica fundamental da comunidade, acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento, determinando amplamente seu conteúdo”.

Sem embargo, a Constituição Cidadã é um marco para os direitos humanos e fundamentais, seja por seu conteúdo sempre objetivar a proteção e garantia desses direitos mencionados, seja pelo fato de fortalecer a democracia e a cidadania, pois é apenas no Estado Democrático de Direito que surge um modelo de força transformadora, em que há a potencialização da cidadania, vindo o Estado, nesse sentido, somar para cidadania.

Denota-se uma Constituição que busca garantir padrões mínimos de existência para todos os indivíduos, quando inclui em seu texto princípios de justiça social e bem-estar. É visível a atenção dada à justiça, bem-estar e desenvolvimento social. É uma Constituição que obriga os poderes públicos a respeitar e a promover a justiça social, tendo em vista a adoção do modelo de Estado social, impondo importantes tarefas para finalidades coletivas.

Conforme leciona Pérez Luño (2005, p. 193), diante do Estado Social de Direito, os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar a todos os cidadãos serviços públicos adequados para atender às suas necessidades. Considera como tarefa própria ajudar os cidadãos, assegurando-lhes assistência frente as suas maiores necessidades.

Nesse ínterim, importante entender que a titularidade dos direitos sociais não é privativa de grupos, pode, sim, também ser de indivíduos, tendo em vista que a função dos direitos sociais não é tanto a de fazer titulares de suas faculdades aos grupos, mas de projetar sua titularidade ao indivíduo que atua e desenvolve sua existência concreta, integrado em determinados grupos. Por isso, seus interesses não podem ser afastados por completo do bem coletivo (PÉREZ LUÑO, 2005, apud BURDEAU, G. 1966, p. 7-8; SCHNEIDER, p. 1979, p. 329).

Tanto é assim que um dos princípios mais significativos da Constituição Federal de 1988 é o princípio constitucional da solidariedade. Conforme menciona Moraes (2008, p. 243) juridicamente, a solidariedade está inserida em um princípio constitucional, este que pretende alcançar igual dignidade social, identificando-se com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que tem por prerrogativa desenvolver-se como livre e justa (MORAES, 2008, p. 243).

Portanto, ser solidário é pensar no bem coletivo, ser solidário

é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade [...] onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 14).

Frisa-se que, ao analisar a evolução constitucional brasileira, denota-se que a Constituição do Império de 1824, ou seja, a primeira Constituição do país, garantia os direitos de primeira geração, princípio da igualdade e da legalidade; autonomia da vontade; liberdade de trabalho, cultura e indústrias; livre manifestação de pensamento, etc. Tal Constituição vigorou por sessenta e cinco anos, tendo apenas uma emenda, sendo importante destacar o processo de independência, com o surgimento de uma nação e império independentes da coroa portuguesa.

Foi uma Constituição que fez referência aos direitos sociais, embora de forma tímida, como, por exemplo, o direito a educação primária gratuita a todos os cidadãos, contemplando também o direito a saúde (GORCZEWSKI, 2009, p. 183-185).

Diferentemente da Constituição de 1891, que não faz menção aos direitos sociais, os quais retornaram na Constituição de 1934, que inaugura o Estado Social de Direito, dando ênfase aos direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais baseados no princípio da igualdade, que permanecem na Constituição de 1937, mas à mercê do poder presidencial (GORCZEWSKI, 2009, p. 186-190).

A Constituição de 1946 garante os direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, etc. Com o golpe militar de 1964, revoga-se direitos a partir de atos institucionais, até a promulgação da Constituição de 1967, que se preocupa estritamente com a segurança nacional, restringindo a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Até chegar então a Constituição Cidadã, que, conforme menciona Gorczewski (2009, p. 198), foi a Constituição “mais extensa, democrática e preocupada com a concretização dos direitos humanos e fundamentais de toda a história nacional”, muito embora o Brasil venha assumindo os direitos humanos como uma política oficial do governo, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Tal matéria, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, foi tratada com a merecida atenção, destacando-se diante do regime jurídico diferenciado.

Não é por menos que a Constituição Federal de 1988 é identificada como modelo a ser seguido, abarcando três gerações de direitos humanos, os individuais, sociais e coletivos.

Assim, uma vez demonstrada, embora de forma sucinta, a tamanha importância da Carta Magna, diante das suas relevantes características, estando voltada ao caráter prestacional, apresentando valores sociais juridicamente positivados, que servem de base para os intérpretes da Constituição, importante referir que esses valores sociais contribuem, principalmente, para a criação, direcionamento e a regulação de situações concretas.

Sendo assim, necessário dar ênfase a uma das principais demandas sociais, a educação. Estabelecida como um direito de todos os cidadãos está descrita na Constituição Federal de 1988, sendo, sem dúvida, o direito que vai garantir outros direitos, como os direitos difusos e coletivos, demonstrando, portanto, ainda mais, o porquê da Constituição Cidadã ser “um modelo a seguir”. Sem sombra de dúvida, a educação acaba sendo o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna.

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 traz, de forma detalhada, a declaração do Direito à Educação que vem descrita no artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Apresenta a educação como direito fundamental de natureza social, dentre os demais direitos fundamentais, sendo um direito já mencionado na primeira Constituição, por sua tamanha relevância, verificando-se a consciência dessa necessidade.

Tão necessária, tendo em vista estar diretamente ligada ao desenvolvimento, à paz, à tolerância, à democracia e como já citado, felizmente ligada à solidariedade.

É, sem dúvida, necessário orientar o ser humano, assim como as relações humanas, para os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

A educação em sentido pleno fomenta a humanização do ser humano, ajuda-o a realizar-se como homem, preparando-o para a vida em sociedade (GORCZEVSKI; MARTÍN, 2015, p. 37). Educação é humanização. Então, deve-se concordar com o entendimento dos autores, Clovis Gorczewski e Nuria Belloso Martín, quando mencionam que educar para os direitos humanos³ é uma exigência prioritária no mundo contemporâneo.

Sem embargo, a educação, embora seja um processo complexo, ajudará a entender as causas e oferecer material para análise e tomadas de atitudes e comportamentos que venham a amenizar os males da sociedade contemporânea. Então cabe a todos, poderes públicos, sociedade civil e o cidadão individualmente, trabalharem para uma adequada difusão da educação em direitos humanos e na solidariedade, em um plano de promoção da capacidade para educar em direitos humanos, em solidariedade e um fomento da cooperação com organizações e associações que trabalhem com esses direitos. Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos, muito embora se tenha consciência de que, infelizmente, a educação não resolverá todos os problemas da humanidade, amenizará (GORCZEVSKI; MARTÍN, 2015, p. 39). Educar para a solidariedade corresponde às práticas plurais voltadas para a realização dos direitos fundamentais, é encontrar o caminho eficaz para atingir uma sociedade livre, justa e solidária (OLIVEIRA JUNIOR, 2009, p. 8).

Além da educação proporcionar o desenvolvimento da pessoa humana, ela está diretamente ligada a dois aspectos fundamentais da vida em sociedade: a cidadania e a formação para o mercado de trabalho. Nesse sentido, estiveram atentos os constituintes.

3 Importante mencionar que as expressões Educação para os Direitos Humanos, Educação em Direitos Humanos e Educação para a Cidadania apresentam conceitos distintos. Sucintamente, Educação para os Direitos Humanos deve-se entender como a transmissão de conhecimentos sobre esses direitos. Educação em Direitos Humanos refere-se aos métodos e as técnicas de transmissão desse conhecimento, ao passo que a expressão Educação para a Cidadania tem sido evitada, podendo estar em oposição aos direitos humanos, tendo em vista a indução à direitos nacionais (GORCZEVSKI; MARTÍN, 2015, p. 35).

Menciona o artigo 205 da Constituição Federal de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Disposto este que merece uma reflexão e análise mais pormenorizada, diante da sua tamanha significância.

3 UMA ANÁLISE AO ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Conforme se depreende, a partir de 1988, a educação é contemplada com detalhamento, embora de forma tardia, pois o momento histórico marca o desenvolvimento dos direitos políticos, civis e sociais na Constituição Federal.

O artigo 205 da Carta Magna consagra a universalidade do direito à educação, acreditando que a educação transformadora deve estar associada aos preceitos da cidadania, dos direitos humanos e da solidariedade.

Indo ao encontro do tema proposto, que vem merecendo atenção na contemporaneidade, busca-se refletir se as universidades e faculdades de direito brasileiras vêm colaborando para o alcance dos objetivos descritos na Constituição Federal de 1988, mais especificadamente no artigo 205. Já que, conforme menciona Martins (1994, p. 117), o Direito Moderno requer intérpretes humanistas, universais, com uma ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações nas mais variadas ciências, atentos as demais realidades.

Nesse íterim, em análise ao artigo 205 da Constituição Federal de 1988, busca-se primeiramente mencionar que o desenvolvimento do ser humano, da pessoa, vem consolidado como um direito de âmbito internacional, mais precisamente na segunda metade do século XX, pois, como de praxe, o desenvolvimento recebe primeiramente um tratamento internacional, sendo positivado nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados, inclusive no Brasil, com a constitucionalização do direito ao desenvolvimento⁴, constituindo-se como princípio constitucional. (OLIVEIRA, 2008).

Frisa-se que, diferentemente do âmbito internacional (associado ao crescimento econômico do Estado, em que o objetivo são as relações entre os Estados), o desenvolvimento no Brasil vem consolidado de forma bastante positiva, como um programa de ação do governo, em detrimento do sujeito e da coletividade.

4 Em consonância estrita com o §2º do art. 5º da CF.

Apresenta-se no rol dos direitos de solidariedade, constantes na terceira dimensão dos direitos humanos ou fundamentais. E, apresentando-se como um direito fundamental, consolida-se a importância de direito humano que o direito do desenvolvimento possui inerentemente; ou seja, o direito ao desenvolvimento enquadra-se como um direito humano inalienável, trazendo a compreensão verdadeiramente humanística,⁵ solidária.

Para melhor compreensão, Silva (2004, p. 73) leciona que o direito ao desenvolvimento é, na verdade, uma síntese dos direitos fundamentais na exata medida em que traz a possibilidade do ser humano realizar integralmente suas potencialidades em todas as áreas do conhecimento.

Busca promover um efetivo desenvolvimento cultural, social, político e econômico de todos os países e, claro, não olvidando, dos seres humanos, seja na sua coletividade, seja de maneira singular. Tal direito é, sem dúvida, uma resposta fundamental à contemporaneidade. O desenvolvimento humano é um processo que visa ampliar as possibilidades oferecidas às pessoas, trazendo conhecimentos, acesso a recursos necessários para uma vida digna.

Nesse sentido, vale referir que as universidades públicas e privadas e as faculdades de direito brasileiras ocupam um papel relevante para o desenvolvimento. Sem embargo, é importante que o ensino superior, diante de seus constantes compromissos e cooperações, venha a cumprir com uma função de socialização do conhecimento, transformando-se em um fator decisivo para humanização do ser humano.

Conforme menciona Delors (1995, p. 13-14), um dos princípios éticos do ensino superior e da responsabilidade social é de proporcionar uma educação voltada para o desenvolvimento humano. Spinoza (1983, p. 1632-1677) complementa afirmando que a Ética realça o potencial interno e racional que possui o homem para encaminhar-se em direção à beatitude, à virtude suprema. Ao ponto que a responsabilidade social decorre da compreensão de que a ação da universidade deve, necessariamente, buscar benefícios para a sociedade com base no conhecimento científico, assim como propiciar a promoção humana e contribuição para o desenvolvimento sustentável.

Nesse diapasão, as universidades e faculdades de direito brasileiras vêm colaborando para esse desenvolvimento ora apresentado? Ou será necessária uma reformulação da cultura jurídica brasileira?

5 Frisa-se que consagra-se o direito humano ao desenvolvimento, de uma forma definitiva e universal, quando da Resolução n°41/128 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que estabeleceu, em 1986, a Declaração do direito ao desenvolvimento, mencionando no artigo 1º o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar, a ele contribuir, e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. Sendo assim, a liberdade de oportunidades para o desenvolvimento é uma prerrogativa das nações, assim como dos indivíduos que compõem as nações.

Seguindo na análise proposta, busca-se compreender a cidadania através dos ensinamentos de Clovis Gorczewski e Nuria Belosso Martín, muito embora refiram que, modernamente, os estudiosos da área encontram dificuldades em atribuir-lhe um conceito. Então mencionam:

[...] não há um conceito rígido de cidadania, pois não se trata de algo estático. Cidadania é o resultado de um longo processo histórico em constante evolução que, no ocidente, inicia a partir do século XVIII – com a conquista dos direitos civis expressos na igualdade ante a lei e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - se afirma no século XIX – em virtude do sufrágio universal - e se impõe definitivamente no início do século XX - com a conquista dos direitos econômicos e sociais. E este é um processo sem fim, porque como bem disse Bobbio, "... ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder. Efetivamente, uma sociedade aberta, livre e democrática será sempre sensível e estará atenta ao surgimento de novas necessidades que fundamentaram novos direitos. E a questão da cidadania é, como disse Resende, um estado de espírito e uma postura permanente que leva os indivíduos a atuar, isoladamente ou em grupos, na ampliação e na defesa de seus direitos, ou como bem expressou Tancredo Neves: "a cidadania não é atitude passiva, mas ação permanente, em favor da comunidade" (GORCZEWSKI; MARTIN, 2011, p. 27-28).

Verifica-se, portanto, a íntima relação entre a cidadania e a democracia, tendo como objetivo unir esforços para os interesses comuns.

Demo (1995) descreve "que a educação, juntamente com a organização política, a identidade cultural, a informação e a comunicação, são componentes essenciais para a construção da cidadania".

Sem dúvida, a cidadania vai sendo construída através do ensino em direitos humanos e na solidariedade, para assim frear as desigualdades sociais, formando cidadãos comprometidos com uma vida pública ativa, priorizando o bem comum.

Assiste razão Pires (2010, p. 52) quando menciona que a cidadania busca comprometimento ético com a sociedade, podendo, inclusive, transformá-la.

Sendo assim, estando a cidadania em exercício dos direitos humanos e da solidariedade, faz-se imprescindível a formação do profissional do Direito completo e atualizado, sempre atento às demandas da sociedade contemporânea, tendo com pretensão

demonstrar à sociedade a possibilidade de serem protagonistas na efetivação de seus Direitos. Nesse sentido, as universidades e faculdades de direito brasileiras vêm colaborando para formação de cidadãos?

Para finalizar a análise do artigo em apreço, observa-se a preocupação do constituinte em relação à qualificação para o trabalho.

Diretamente ligada à educação e à profissionalização do ensino, estão como condições para o ingresso e permanência no trabalho, na atualidade também para a cidadania. Sendo assim, vislumbra-se a necessidade dos discursos acadêmicos e das propostas das políticas públicas de educação, voltadas para qualificação profissional sempre orientadas ao desenvolvimento sustentável, à inclusão social e à consolidação da cidadania (PRESTES; VERAS, 2009), para assim assistir profundas mudanças na sociedade contemporânea. Nesse ínterim, observa-se na atualidade a colaboração das universidades e faculdades de direito brasileiras para esses fins?

4 A COLABORAÇÃO DAS UNIVERSIDADES E FACULDADES DE DIREITO BRASILEIRAS À FORMAÇÃO HUMANA: PERSPECTIVAS AOS QUESTIONAMENTOS PROPOSTOS

Sem embargo, fazem-se necessárias instituições voltados à convivência e ao desenvolvimento humano. Importante, conforme referem Gorczewski e Martin (2015, p. 37) “assumir e professar, sem discriminação, o respeito e consideração ao semelhante, a solidariedade, a responsabilidade ou a dignidade e a honradez que constituem os valores e princípios necessários para o progresso de qualquer sociedade civilizada”.

Assim, indo ao encontro do primeiro questionamento, a resposta vem através das palavras de Faria (1994, p. 15-16), de que não se deve mais limitar a cultura jurídica aos limites estreitos e formalistas de uma estrutura curricular excessivamente dogmática, em que a autoridade do professor representa a autoridade da lei e o tom da aula magistral permite ao aluno adaptar-se à linguagem da autoridade. Não se trata de desprezar o conhecimento jurídico especializado, mas sim de conciliá-lo com o saber genético, seja sobre a produção, a função e as condições de aplicação do direito positivo.

Menciona ainda o autor que, como solução alternativa à cultura jurídica vigente, tal conciliação exige, sim, uma reflexão multidisciplinar capaz de desvendar as relações sociais subjacentes às normas e às relações jurídicas e de fornecer aos juristas novos métodos de trabalho, informações novas e/ou reformuladas.

Seguindo a pesquisa, é importante entender a necessidade das universidades e faculdades de direito transmitirem os comportamentos engajados na igualdade, no bem comum, na justiça e na ética, para assim construir uma cidadania plena, voltada à

concretização dos direitos humanos e fundamentais. São importantes as iniciativas para qualificação e dinamização da participação cidadã.

E mais, dentre os possíveis papéis das faculdades e universidades de direito, entende-se necessária a formação de cidadãos do seu tempo, capazes de fazer leitura do social, do mundo que o cerca, para nele interferir.

Para Arnaud (2000), a implementação de uma nova cidadania requer que cada um participe, seja em nível local, regional e global, dando a contribuição para as transformações necessárias e para a efetivação dos direitos fundamentais.

Então, denota-se a necessidade da união da sociedade civil como um todo, das universidades públicas e privadas, faculdades e do próprio governo, para juntos adotarem uma política comprometida com a defesa de propostas educacionais que garantirão a formação de cidadãos solidários, e não apenas de profissionais.

Por fim, não se tem observado grande colaboração das universidades e faculdades de direito brasileiras para qualificação profissional.

Oliveira (1994, p. 25) refere que “a abertura descriteriosa de Faculdades tem prejudicado a qualidade do exercício profissional. A sociedade sofre os efeitos desse fenômeno, mormente as camadas menos favorecidas da população”, pelo despreparo dos profissionais.

Como resultado, entre 1995 e 2013, o número de cursos de graduação em Direito elevou-se de 235 para 1.149, o equivalente a 51 novos cursos a cada ano. Os dados do Censo do Ensino Superior, do Inep, apontam que a criação de cursos se intensificou nos anos 2000, estabilizando-se em torno de 1.150 cursos ao final da década passada. Frisa-se que, desde 2012, entretanto, a criação e manutenção de cursos de Direito foi submetida a um novo controle de credenciamento por parte do Ministério da Educação (MEC), motivo pelo qual o número de cursos credenciados sofreu uma redução entre 2012 e 2013. Apesar desse novo paradigma, o número de cursos credenciados voltou a subir entre 2014 e início de 2015, ultrapassando a marca de 1.300 (FGV PROJETOS, 2016).

Um levantamento submetido pela OAB apontou que essa trajetória garantiu ao Brasil o posto de país com maior número de cursos de Direito do mundo⁶.

No Estado de São Paulo, já na década de 1990, dos cento e trinta mil advogados aproximadamente, sessenta por cento dos inscritos não advogavam⁷. Dessa forma, a população fica à mercê do despreparo desses advogados de ocasião, que vez ou outra assumem uma causa. Prejudicam o direito do cliente, além de prejudicarem a imagem da advocacia e, evidentemente, a administração da Justiça (OLIVEIRA, 1994, p. 26).

6 Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-recordista-de-cursos-de-direito-no-mundo/>>. Acesso em: 13 out. 2018.

7 Frisa-se que, segundo o autor, não se trata de uma estatística segura, mas aproximada, concluída em 1994.

O Direito, em 2013, era o curso com a quarta maior oferta institucional do país, com 1.148 cursos presenciais em 880 instituições. Apenas 304 dos 853 cursos que receberam nota (35,6%) apresentaram CPC igual ou superior a 2,8. Trata-se da nota por pontos corridos entre 0 e 5, que permite comparações mais detalhadas do desempenho de cada curso. Apenas 226 (26,5%) obtiveram desempenho satisfatório (CPCs Faixa 4 ou 5, dos cursos avaliados em 2012, 149 cursos não estavam reconhecidos até 22/11/2013; 3 estavam sob supervisão; 25 estavam sem conceito e 4 estavam descredenciados). Isso implica reconhecer que uma parcela representativa dos cursos de Direito no país não apresentou condições e/ou desempenho compatível com o considerado ideal para o ensino jurídico (FGV PROJETOS, 2016).

Não por acaso, naquela oportunidade, 38 cursos de Direito avaliados obtiveram desempenho insatisfatório pela segunda vez consecutiva (2009 e 2012) e tiveram seus vestibulares inabilitados para 2014. Com isso, o curso de Direito respondeu por 14% do total de cursos inabilitados para aquele ano, a lista das 50 IES/cursos de Direito com maior CPC encontra-se disponível no anexo ao espelhado da FGV (exame da ordem em números, volume III, abril de 2016) (FGV PROJETOS, 2016).

Diante desse cenário, em março de 2013, o MEC suspendeu a abertura (credenciamento) de cursos de Direito até o estabelecimento de novos critérios para a expansão e regulação dos cursos, incluindo inovações em termos de diretrizes curriculares. Quase dois anos depois, ao final de 2014, foram anunciadas novas regras por meio da Portaria Normativa nº 20/2014, impondo maior rigor nos procedimentos para abertura e credenciamento de novos cursos de Direito. Com base nas novas diretrizes, o MEC passou a exigir indicadores mais robustos das instituições e dos cursos, caso do Índice Geral de Cursos (IGC) ou Conceito Institucional (CI) igual a ou maior que 3, numa escala de 1 a 5. Além disso, tornou-se necessária a obtenção de CPC igual ou superior a 4, com pontuação mínima de 3 em cada quesito avaliado como condição para o credenciamento (FGV PROJETOS, 2016).

A portaria fortaleceu, igualmente, a importância dos pareceres do Conselho Federal da OAB no processo de credenciamento, que, desde a década de 1990, colabora no processo administrativo de autorização e reconhecimento dos cursos de graduação em Direito com base no art. 54, XV, da Lei nº 8.906/94. A partir de 2015, foi incorporado ao padrão decisório do MEC mediante o uso do parecer da OAB como fundamento para avaliação dos cursos (FGV PROJETOS, 2016).

Mas, para Oliveira (1994, p. 26), “o que se assiste, na atualidade, no campo do direito, é o lucro como objetivo primordial, em detrimento da formação profissional e ética dos bacharéis”. Assiste razão quando menciona que os patamares de prestígio da advocacia e respeito social estão subordinados a uma profunda reformulação do ensino, seja nas modificações dos currículos, que devem voltar-se para a realidade social, com novos

ramos do direito, da modificação da metodologia, com formação prática para o exercício profissional, mais debates a respeito do direito positivo, os quais constituem condições indispensáveis ao alcance daquele objetivo.

Portanto, a profissionalização do educador do direito, assim como a reformulação do ensino como um todo, são ações que não podem mais ser adiadas, a fim de que se possa garantir à sociedade um direito de qualidade.

As Sinopses Estatísticas do Enade de 2016, atualizadas em 01 de setembro de 2017⁸, demonstraram que nem todos os estudantes estão satisfeitos com o desempenho do Ensino Superior no Brasil, de um modo geral; pois, uma vez perguntados se as disciplinas cursadas contribuíram para sua formação integral, como cidadão e profissional, dos 195.448 entrevistados, 634 discordam totalmente, correspondendo a 0,3%. Do Ensino Público Estadual, dos 11.096 (equivalente a 5,7%) dos entrevistados, 48 não concordam, ou seja, 0,4%. Do Ensino Público Federal, dos 30.764 (equivalente a 15,7%) dos entrevistados, 157 não concordam, ou seja, 0,5%. Do Ensino Público Municipal, dos 3.518 (equivalente a 1,8%) dos entrevistados, 5 não concordam, ou seja, 0,1%. Do ensino privado com fins lucrativos, dos 78.417 (equivalente a 40,1%) dos entrevistados, 218 não concordam, ou seja, 0,3%. Do ensino privado sem fins lucrativos, dos 71.653 (equivalente a 36,7%) dos entrevistados, 206 não concordam, ou seja, 0,3%.

Muito embora, aparentemente, a estatística do Enade ora apresentada demonstre um percentual relativamente baixo, pois se entrevista estudantes de cursos variados, é emergente a atenção dos órgãos competentes adaptarem os currículos e metodologia do ensino para uma maior contribuição à formação integral dos acadêmicos, como cidadão e profissional, tendo como meta contribuir cem por cento para formação de qualidade.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica evidente a necessidade de uma educação cultural amparada na solidariedade, voltada para efetivação dos direitos humanos, fundamentais e de cidadania. A educação, caracterizada como direito social, humano e fundamental, objetivando a humanização do homem, merece maior atenção na contemporaneidade.

Verifica-se a necessidade de colaboração dos agentes do Estado e da sociedade, pois acreditar na educação para os direitos humanos é acreditar em uma sociedade melhor, mais humana, desenvolvida, solidária, ética, voltada à cidadania, ao bem comum, com profissionais de qualidade, atentos à função social da advocacia e responsáveis pelas transformações exigidas pela realidade, enfim tendo por base os preceitos da Constituição Federal de 1988.

8 Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>>. Acesso em: 13 out. 2018.

Ressalta-se a necessidade de sempre estudar e refletir acerca do tema proposto, almejando estarem sempre nas discussões do Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo primordial a dignidade da pessoa humana e o bem comum, pois verifica-se a necessidade de novas formas jurídicas para coordenar o pluralismo social, promover a justiça social e democratizar a vida coletiva.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. A nova cidadania: do local ao global. In: **Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências jurídicas da Universidade Luterana do Brasil**, Canoas, Ulbra, v. 1, n.1, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. **Resolução nº41/128 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 2, n.2. São Paulo 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000100003>. Acesso em: 10 out. 2018.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir**. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 2000.

DEMO, Pedro. **Cidadania Tutelada e Cidadania assistida**. São Paulo: Autores associados, 1995.

EXAME DA ORDEM EM NÚMEROS. v. III, abr. 2016. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf>. Acesso em 13 out. 2018.

FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. In: NALINI, José Renato (Org.). **Formação jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis e MARTIN, Nuria BELLOSO. **A necessária revisão do conceito de cidadania movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

_____. **Educar para os direitos humanos: considerações, obstáculos, propostas**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípios: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A cultura do jurista. In: NALINI, José Renato (Org.). **Formação jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Organizadora). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de Oliveira. A formação do advogado. In: NALINI, José Renato (Org.). **Formação jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro. **O direito ao desenvolvimento como direito humano e sua proteção jurídica constitucional e internacional**. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/view/58/49>. Acesso em: 13 out. 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria Contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. In: **Revista do Curso de Direito UNIFACS**, n. 108, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/703/523>>. Acesso em: 02 out. 2018.

PÈRES LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. 2. impressão. Madrid: Techos, 2005.

_____. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

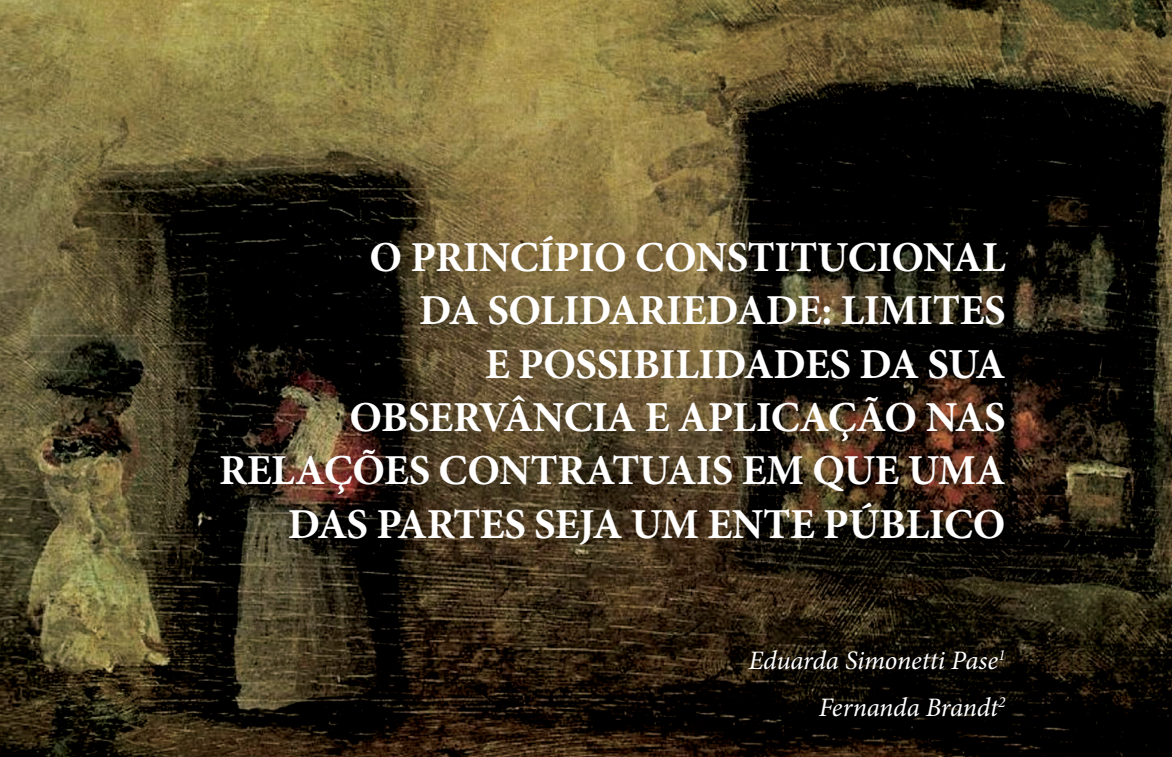
PIRES, Nara Suzana Stainr. **A educação como instrumento concretizador e produtor e produto de novos paradigmas da cidadania brasileira**. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2010

PRESTES, Emília; VERAS, Roberto. Educação, qualificação, trabalho e políticas públicas: campos em disputas. **Rev. Lusófona de Educação**, Lisboa, n. 14, p. 45-59, 2009. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502009000200004&lng=pt&nrm=i-so>. Acesso em: 13 out. 2018.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SINOPSES ESTATÍSTICAS DO ENADE – INEP. 2016. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-do-enade>>. Acesso em 13 out. 2018.

SPINOZA, Baruch de. **Ética**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA SUA OBSERVÂNCIA E APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EM QUE UMA DAS PARTES SEJA UM ENTE PÚBLICO

Eduarda Simonetti Pase¹

Fernanda Brandt²

RESUMO

Objetiva-se com este artigo investigar acerca dos limites e possibilidades da aplicabilidade do princípio constitucional da solidariedade para além das relações interprivadas, mas também quando uma pessoa privada se relacionar contratualmente com o Estado. Para isso, quer-se ao final responder à indagação de se é possível exigir-se que o comportamento advindo da consideração do princípio da solidariedade nas relações privadas deve se manter quando alguma pessoa privada contratar com a administração pública e em que medida isso auxiliaria na melhor otimização de recursos públicos escassos e indispensáveis à realização de direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para a garantia da dignidade humana. Para isso, são apresentadas as considerações acerca da concepção e contribuição do princípio da solidariedade na sociedade contemporânea para posteriormente fazer um paralelo com o que a literatura especializada refere acerca da sua aplicabilidade nas relações privadas, destacando-se, nesse sentido, as características individualistas e egoísticas que marcam a contemporaneidade. Ao final, busca-se indicar que se a solidariedade deve ser observada

1 Mestre Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do (CAPES 5)- com bolsa PROSUP/CAPES.. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. E-mail: eduarda.pase@gmail.com

2 Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/Rio Grande do Sul (CAPES 5) – com bolsa PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil: novo código de processo civil e graduada em Direito pela UNISC. Docente. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito das Famílias, Sucessões e Mediação, da Universidade Federal Rio Grande do Sul e do Grupo Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado da UNISC. Advogada. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família - núcleo Santa Cruz do Sul e diretora Social da Associação Comunitária Pró Amparo do Menor de Santa Cruz do Sul - COPAME (2018-2020). Endereço eletrônico: fernandabrandt.adv@globomail.com

nas relações privadas, muito mais deverá ser quando Estado e pessoas privadas manterem relações contratuais, tendo em vista as características individualistas impostas pelo sistema econômico que na maioria das vezes guia o agir privado.

Palavras-chave: Princípio da Solidariedade. Contrato. Aplicabilidade. Ente Público.

INTRODUÇÃO

Ainda que a maciça discussão sobre a aplicabilidade do Princípio da Solidariedade predomine sobre as relações interprivadas, parece interessante tentar aproveitar os resultados da sua aplicação e os esforços da literatura especializada também nas relações em que pessoas privadas, sejam elas físicas ou jurídicas, relacionem-se contratualmente com algum ente público. Isso porque o Estado tem o dever precípua de buscar agir de forma a realizar os objetivos constitucionais, promovendo a justiça social por meio da garantia dos direitos fundamentais e também sociais. Para isso, o Estado presta serviços que, no mais das vezes, contam com a participação de pessoas privadas para a sua consecução. As empresas privadas ou mesmo pessoas físicas agem a partir da sua liberdade contratual que se encontra dentro da autonomia privada, movidos pelos princípios do sistema econômico que tem como resultado principal a busca pelo lucro.

Como a pretensão da literatura especializada é demonstrar a vinculação do princípio da solidariedade entre particulares a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma empresa privada está dentro desse grupo de particulares e, se o princípio da solidariedade deve pautar tanto o agir do Estado como o de particulares, muito mais deve estar presente quando o privado se relacionar com o público. Isso porque, se entre particulares, o agir deve buscar também a realização do bem-estar da comunidade, de modo a não prevalecer apenas o interesse individual de uma das partes, por que deveria ser diferente quando um particular está se relacionando com o Estado em algum negócio jurídico? Se o objetivo do Estado é realizar as metas constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, logicamente esse cenário deve se manter também quando particulares estiverem auxiliando o Estado por meio das funções prestadas por empresas especializadas, por exemplo.

Assim, com este trabalho busca-se demonstrar que o Princípio Constitucional da Solidariedade não deve apenas ser dever de observância do sistema jurídico, mas também de outros sistemas, como o social, o moral e também o econômico. Especialmente o econômico, que é o que move os entes privados que se relacionam para com o Estado. Dessa forma, primeiramente se aborda a concepção do princípio da solidariedade e a sua contribuição para a sociedade contemporânea, evidenciando porque a sua consideração

na celebração de negócios jurídicos entre pessoas jurídicas públicas e privadas pode servir como meio para se alcançar uma sociedade, de fato, solidária.

A partir disso, em um segundo momento são destacadas as considerações da literatura especializada no que tange à incidência do Princípio da Solidariedade nas relações privadas, destacando-se como ela também deve irradiar nos momentos em que uma pessoa, física ou jurídica, relacionar-se com o Estado. Assim, em um último e derradeiro ponto, quer-se abordar os limites e as possibilidades da consideração da solidariedade nas contratações público-privadas, trazendo-se exemplos de como o agir pautado pelos princípios constitucionais poderia auxiliar na melhor otimização de recursos públicos, de modo a realizar maiores feitos na concretização da dignidade humana, uma vez que se a solidariedade não é apenas direcionada às relações entre privados.

Conclui-se que não há lógica na consideração, pura e simples, da necessidade de irradiação do princípio da solidariedade em se tratando apenas de relações privadas e quando os privados forem se relacionar juridicamente com o Estado não serem, as decorrências deste princípio, levadas em conta. Da mesma forma que não é racional debater-se a (in)efetividade de políticas públicas e realização de direitos sociais, os quais são prestacionais, sem falar em orçamento público, por exemplo. Acredita-se que o princípio da solidariedade, por ser um novo paradigma de todo o sistema jurídico, deve também ser considerado quando interesses privados estiverem sendo negociados com o interesse público; afinal de contas, tal princípio busca a construção de uma sociedade em que sejam garantidos direitos básicos de modo a emancipar a sociedade.

1 CONCEPÇÃO E CONTRIBUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A pluralidade e a complexidade que marcam as sociedades contemporâneas são seguidas pelos exacerbados comportamentos individualistas e competitivos entre sujeitos, os quais são características do sistema econômico que se impõe ao mundo. Tal diagnóstico, em certa medida, vai de encontro com os ideais democráticos que buscam inserir e considerar, de forma igual, as diferenças. Formas de agir caracterizadas pelo autointeresse evidenciam a necessidade de que os membros destas sociedades tenham alterado o seu padrão de agir, isto é, os parâmetros democráticos do viver em comunidade precisam ser evidenciados de forma a alterar-se o *status quo* em prol do coletivo, com o fim de se desenvolver relações recíprocas de interdependência entre os sujeitos e também condições de bem-estar social a cada membro da comunidade de indivíduos.

Para isso, a grande maioria dos Estados Contemporâneos tem como paradigma basilar do comportamento privado e público a dignidade da pessoa humana. O Brasil está

inserido dentro deste grupo de nações que tem entre os fundamentos do seu Estado o agir voltado para a garantia deste princípio norteador do sistema constitucional. A partir disso, os ordenamentos jurídicos e todos os demais sistemas (moral, cultural, econômico) devem estar voltados a prever formas de perseguir os objetivos que os fundam. O ordenamento jurídico brasileiro, ao menos formalmente, assim fez e já na sua Constituição previu, em seu artigo 3º, inciso I, como um dos fundamentos da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Nesse sentido, a solidariedade vem posta como um princípio norteador e, a partir do final do século XIX, passa a ser um dos paradigmas sociais e também das relações jurídicas, em especial, entre particulares. Esse novo arquétipo representa uma nova visão para o Direito, o qual é o principal *medium* para a concretização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o princípio da solidariedade se apresenta como uma base para a construção de uma sociedade que se queira justa e igual, apta a desenvolver um ambiente digno para todos os atores do contexto social.

Dessa forma, acredita-se que o princípio da solidariedade pode contribuir não apenas nas relações interprivadas, mas também nas relações que envolvem o próprio Estado, enquanto manifestação do seu poder administrativo. Exemplo disso são os contratos firmados entre Administração Pública e pessoas privadas, sejam elas físicas ou jurídicas. Isso porque os atores privados que se relacionam com a Administração Pública por meio de contratos, se movidos apenas pelos ideais econômicos, nem sempre estarão atendendo aos objetivos social-democráticos. Veja-se, por exemplo, uma empresa ou uma pessoa física contrata a prestação de algum serviço com a Administração Pública. Se ambos não estiverem com o seu agir pautado a seguir a regras previstas para assegurar a lisura no processo de contratação, prejuízos ao ente público e, conseqüentemente, à sociedade ocorrerão – por meio de licitações direcionadas, superfaturamento em contratos, desvio de valores, etc. Quando isso ocorre, muito se deixa de fazer, por exemplo, na execução de políticas públicas em saúde, educação, segurança e as condições necessárias para se atingir o objetivo de construir uma sociedade solidária se distanciam ainda mais de uma realidade próxima.

Assim, se a maciça doutrina estuda o princípio da solidariedade a partir das relações privadas, por exemplo, em contrato privados, também é possível de se pensar a sua aplicação nos contratos em que são partes uma pessoa privada e uma pessoa jurídica pública, exatamente por ali estarem envolvidos não apenas interesses individuais dispostos a partir da autonomia privada, mas também interesses coletivos.

Assim, o conceito de solidariedade não se confunde com o de caridade ou de filantropia. A ideia que forma o princípio da solidariedade impõe uma nova maneira de pensar a sociedade e a sua relação para com o Estado. Farias (1988, p. 190) muito bem coloca que

a partir do século XIX, quando se fala em solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar [...] uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo. É somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade como um discurso coerente que não se confunde com caridade ou filantropia.

Assim, ao se abordar a solidariedade como um princípio, além de se levar em conta os deveres recíprocos entre indivíduos como responsáveis uns pelos outros na construção de uma convivência coletiva, deve-se considerar que a solidariedade também é um dever do Estado. E aqui, novamente, trazendo as características da sociedade contemporânea, tem-se que o homem precisa de espaços coletivos e solidários capazes de lhe proporcionar um bem-estar social. Nesse sentido manifestam-se Terra e Pellegrini (2013, p. 89) ao referir que a solidariedade se apresenta, “na atualidade, com uma missão difícil, que passa por solidificar a democracia, humanizar as relações, conduzir o indivíduo à reflexão e concretizar a dignidade da pessoa humana”.

Nesse sentido, como já referido por Farias (1988) anteriormente, o surgimento da ideia de solidariedade que muda o paradigma de inter-relação entre indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado e da sociedade como um todo, data apenas do final do século XIX, quando o discurso da solidariedade não mais se confunde com as ideias até então contidas neste conceito, quais sejam, de caridade e filantropia. Dessa forma, é através do paradigma da solidariedade que a democracia se põe a serviço da sociedade e é quando o Estado encontra a sua missão social.

Contudo, interessante é a colocação do autor quando refere que a solidariedade, apesar de característica e inerente da contemporaneidade é nela própria um paradoxo, quando pensado a partir do prisma do homem que compõe a sociedade contemporânea. Este despreza a tentativa de imaginar uma democracia social e pluralista a qual é caracterizada e baseada na liberdade, solidariedade e pluralismo da vida social.

A democracia tem importante função no paradigma da solidariedade, uma vez que a ideia de solidarismo jurídico procura associar o direito ao destino da democracia, passando a ser, a experiência jurídica, resultado da nova ideia introduzida pela solidariedade. Tanto Estado como sociedade devem buscar a garantia de espaços que possibilitem a socialização e de individualização dos movimentos e das ações, uma vez que a solidariedade social passa a ser a essência do Direito. É assim que a solidariedade possibilita uma convivência social pautada na responsabilidade e bem-estar coletivos.

Nesse sentido é aduzido por Carvalho (2016, p. 3) que “a solidariedade visa a um direito ético e justo, direcionado para o bem comum, assim, afirma-se como um novo paradigma cuja sociedade civil interage para a evolução da humanidade e o direito por sua vez capacita-se para regular as ações individuais em benefício de um social difuso”.

Esse movimento de consideração da solidariedade como um novo paradigma do sistema constitucional traz consequências não só na produção legislativa ou de políticas públicas, por exemplo, mas também na própria atividade jurisdicional de aplicação da norma, a qual deve ser pautada também no princípio da solidariedade, o qual, ao fim e ao cabo, serve na busca pela maior efetivação da dignidade da pessoa humana, princípio este que é a base para todo o agir, seja público ou privado.

Não é sem um porquê que a construção de uma sociedade solidária está expressamente colocada no texto constitucional e, ao ser traçada como um princípio, a solidariedade assume um conteúdo valorativo que permeia todo o caminho para a concretização dos demais direitos constitucionalmente previstos. E isso é decorrência da sua força vinculante enquanto princípio do ordenamento jurídico, o qual passa a exigir do Estado ações que promovam a equilibrada convivência e bem-estar social. Sobre isso, Moraes (1993, p. 17) ensina que

ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que tornou passível, portanto, de exigibilidade.

É sobre isso que se quer chamar a atenção ao tentar olhar para as relações contratuais entre pessoas privadas e entes públicos. Porque se a solidariedade é um fundamento da República, de modo a condicionar todo o agir social, desde a produção legislativa até a aplicação da norma e também tem incidência nas relações interprivadas, como destacado pela grande maioria da literatura especializada, é corolário lógico pensar que quando um ente privado se relaciona para com um ente público também deve prevalecer os valores que irradiam do princípio constitucional da solidariedade. Isso, porque, se o Estado é o seu principal destinatário, mas também a sociedade, quando se tem Estado e sociedade realizando negócios jurídicos, os quais devem tem como objetivo beneficiar a própria sociedade, muito mais dever têm, tais atores, de agirem pautados nas decorrências do princípio da solidariedade. É nesse sentido que se manifesta Reis (2007, p. 2039) ao referir que

o sentido visado pelo legislador constituinte para solidariedade é no plano jurídico. E, muito embora o Estado seja o destinatário principal do princípio da solidariedade, certamente não é o único, ou seja, destina-se também às relações interprivadas, face à abrangência dos princípios constitucionais, ainda quem numa forma mais “branda”, podendo-se afirmar que o princípio constitucional da solidariedade “é um fundamento adicional e de reforço à vinculação dos particulares a direitos fundamentais” (Grifos no original).

Assim, o princípio da solidariedade assume um conteúdo valorativo que se torna caminho para a concretização dos demais direitos constitucionalmente. E por meio da sua força vinculativa de princípio, é possível se exigir, tanto do Estado quanto da sociedade, ações que promovam uma equilibrada convivência social. Por fim, Carvalho (2016, p. 4) assevera que “além de exigir ações por parte do Estado o princípio da solidariedade também se configura uma necessidade nas relações entre os sujeitos como orientador de ações individuais com foco na coletividade”, significando, portanto, que a solidariedade ultrapassa as noções de fraternidade para com o próximo, trata-se, isto sim, de uma forma de condução do agir humano imprescindível para o próprio convívio da sociedade. O agir, ainda que esteja contaminado por princípios de outros sistemas, como, por exemplo, o econômico, a partir do paradigma da solidariedade e da dignidade humana, tem o dever de ser voltado em prol da coletividade. Isso significa, ao fim e ao cabo, que se uma relação negocial em que façam parte dos polos do negócio, uma empresa privada e o Estado, além de respeitarem os preceitos atinentes ao regime jurídico da administração pública, só será legítimo e, portanto, constitucionalmente justificado, se estiver também pautado em atender ao fim público e o fim privado sem, contudo, violarem-se regras ao ponto de prejudicar o interesse público por meio do desvirtuamento dos objetivos do negócio, qual seja, a promoção social.

Assim, o que se passa a expor na sequência tem relação direta para com o objeto desta breve pesquisa, uma vez que a literatura especializada sobre o princípio da solidariedade muito se debruça a estudar a sua incidência nas relações privadas, de modo que servirá para demonstrar também a necessidade de sua observância quando um privado estiver em contato com o Estado.

2 A SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No movimento de constitucionalização do Direito, a partir das noções de Constituição e de direitos fundamentais, várias questões surgiram no decorrer do tempo de forma a marcar os períodos pós-guerra que se caracterizaram pela ascensão de ideais democráticos, garantidores das liberdades e diferenças da sociedade. No marco da sociedade contemporânea, o princípio da solidariedade surge como um paradigma funcionalizante dos institutos do Direito Privado, o qual também sofre a influência do processo de constitucionalização.

Assim, a partir desse novo paradigma, surge a necessidade de comprometimento da iniciativa privada com os problemas sociais da humanidade, assim como o comportamento egoístico e indiferente da mesma em relação ao sofrimento e a miséria existencial do ser humano. Vários são os estudos que indicam a necessidade de os indivíduos terem que voltar seu olhar a partir de visões humanitárias. Dentre elas, pode-se referir a abor-

dagem de Cardoso (2010), na qual fica claro, a partir da abordagem do autor que, não obstante a dificuldade do Estado em atender aos direitos fundamentais básicos do ser humano, a sociedade civil igualmente tem uma função social a cumprir, e em que pese os problemas da alta carga tributária, da corrupção e da má gestão das verbas públicas, o fato é que entre os particulares também se perfaz um grande palco de injustiças sociais, estando a mesma atrelada à ideia de Capitalismo Humanizado. O princípio da solidariedade, nesse aspecto, seria o caminho a ser trilhado pela comunidade jurídica, isto é, Estado, sociedade enquanto comunidade e, especialmente, a iniciativa privada.

Não obstante, a percepção exposta pelo autor indica que a necessidade de uma mudança ética e também no paradigma de participação é o que irá fomentar a implementação efetiva dos institutos do Direito Contemporâneo, estando dentre eles a ideia da solidariedade. Esse novo paradigma, apesar de muito trabalho ter pela frente, irá contribuir para a vinculação dos particulares ao objetivo Republicano de se estabelecer no país uma sociedade livre, justa e solidária, implementando-se, portanto, o verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito. Neste sentido, Moraes (1993, p. 17) assevera que

ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que tornou passível, portanto, de exigibilidade. Criou, assim, o Estado Democrático e Social de Direito, tanto por atribuir valor social à livre iniciativa como por projetar a erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras disposições.

Isso significa que a solidariedade jurídica, que é a conotação que interessa ao estudo, por ser um direito fundamental e aplicável ao âmbito das relações jurídicas, é a responsabilidade com o outro, sendo cogente e imperiosa, sendo que o seu estudo guarda relações com várias áreas do próprio Direito.

Contudo, uma das características da contemporaneidade, já introduzidas no capítulo anterior, é o individualismo que cerca as pessoas das sociedades contemporâneas. Bagatini (2016, p. 91) afirma que “atualmente, a ideia do individualismo encontra-se intimamente ligada à indiferença entre os seres humanos, o que se dá de forma velada e gradualmente despretensiosa”, isto é, caminha no sentido de isolamento social do sujeito, condicionando o viver humano voltado, unicamente para si e por si, visando apenas ao seu próprio bem-estar. Tal comportamento não se preocupa com a coletividade e muito menos possui um senso de sociedade. Ainda de acordo com a autora, “a solidariedade mostra-se como um instrumento que visa a combater tal isolamento” (BAGATINI, 2016, p. 91).

Nesse sentido ainda, Cardoso (2012) entende que quando há a predominância de pensamentos individualistas e não solidários, o que ocorre é a abertura de espaços para a desigualdade entre os sujeitos. Isso porque não há uma preocupação com o bem-estar da comunidade. Daí porque a necessidade de reversão deste quadro de individualismo que caracteriza a sociedade contemporânea. O autor alerta ainda que essa alteração de *status quo* não cabe apenas ao Estado, mas também à sociedade como um todo, tendo em vista que

[...] isso pressupõe a ideia de que o comportamento humano é sempre um comportamento situado no meio social, e, por isso, a consciência jurídica impõe aos particulares a obrigação de levar em conta a condição dos demais componentes da sociedade, mesmo aqueles que comporão as gerações futuras, pois, além de ser este um comportamento ético, todos são, de um modo ou de outro, responsáveis pelos problemas sociais difusos, principalmente aqueles relacionados à preservação do meio ambiente e da insegurança social, por estarem incluídos e expostos aos efeitos daqueles (CARDOSO, 2012, p. 15).

Perceba-se que a concepção de solidariedade perde espaço no contexto social contemporâneo, marcado pelo sistema individual-capitalista. Se a individualidade e o egoísmo já se destacam nas relações interpessoais cotidianas, muito mais presentes estão ao se pensar nas relações empresariais, as quais são a expressão máxima da lucratividade egoística. Assim, ainda que o princípio da solidariedade tenha previsão constitucional expressa no Brasil, ainda assim é possível perceber problemas oriundos da indiferença para como outro. Exemplificativamente, indiferença com a fome, com a segurança, com a pobreza, etc. Parece, portanto, que tais elementos significam verdadeiros entraves para a concretização da solidariedade constitucional.

Nesse sentido, ainda Cardoso (2010, p. 107) aduz novamente que “a indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um ‘não lugar’ [...] que revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos (grifos no original)”, tornando a sociedade já esvaziada do sentido da própria sociedade. Além disso, as coisas perdem o seu significado para o homem contemporâneo e passam a ter mera conotação de instrumentos da vida moderna. O ser indivíduo apenas age, julga, mostra-se e produz, da mesma forma em que as comunicações são dadas apenas por meio dos produtos gerados, pelas imagens, tendo como consequência o distanciamento dos indivíduos (FERRAZ JUNIOR, 1990).

A partir de tais colocações, é possível depreender-se que “com o paradigma do direito constitucionalizado, é imprescindível que o direito seja repensado a partir dos preceitos constitucionais, principalmente o princípio da solidariedade” (CARVALHO, 2016, p. 5). Contudo, além disso, é preciso perceber também que o princípio da solidariedade

não produz, isoladamente, resultados. Torna-se necessário, portanto, conceber outros princípios insculpidos constitucionalmente, como por exemplo, a igualdade, a qual, ao lado da solidariedade, por exemplo, poderá promover ações que visem à consecução da dignidade da pessoa humana em meio ao contexto individualista anteriormente destacado e que predomina nas relações privadas, especialmente nas mercadológicas.

Se todo o ordenamento jurídico está pautado na busca pela maior realização dos direitos fundamentais e fundamentais sociais, ainda, se tanto Estado como sociedade possuem o dever de trabalhar nesse sentido e, se outros sistemas, com princípios diversos do democrático influenciam tanto nos indivíduos que compõem a sociedade como também nas pessoas que atuam em nome do Estado e, ainda, se todos esses atores estão sujeitos a um sistema jurídico que, novamente, esteja pautado na realização dos direitos fundamentais com o objetivo de promover a dignidade humana de forma a se construir uma sociedade justa e solidária, entende-se que esse novo paradigma ético da solidariedade pode ser um caminho para uma sociedade que, formalmente se diz democrática, mas se caracteriza pelos princípios de outros sistemas que, em certa medida, contribuem para a formação de indivíduos egoístas e indiferentes com os demais.

Portanto, a partir da consideração da solidariedade como um princípio constitucional, este ganha aplicabilidade e exigibilidade jurídica, devendo ser observado por todos, e não apenas por particulares nas suas relações privadas, mas também quando estes mesmos particulares se relacionarem com o próprio Estado. Desta forma, é o que se passa a analisar na sequência.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DE OBSERVAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PESSOAS PRIVADAS COM O ESTADO

Partindo do pressuposto de que a solidariedade, enquanto valor de responsabilidade com o outro, deve ser um instituto norteador para todas as relações jurídicas, corolário lógico se concluir que também deve ser observada quando uma pessoa privada, seja ela física ou jurídica, estiver selando negócio jurídico para com o Estado.

Isso devido ao fato de o princípio da solidariedade ter a força cogente de princípio jurídico e, portanto, aplicável a todas as pessoas submetidas ao ordenamento jurídico. Significa dizer que, se a solidariedade é paradigma do ordenamento constitucional brasileiro e também é meio para se atingir fins maiores, como a dignidade da pessoa humana, e se o Estado é o meio pelo qual direitos fundamentais são garantidos, os quais também têm exigibilidade e aplicabilidade nas relações privadas, obviamente que se pode exigir que tanto Estado como particulares que se relacionem com o Estado tenham o seu agir pautado também no princípio da solidariedade. Além de pautar o

seu agir em todo o ordenamento que regulamenta as questões específicas do direito público, por ser um princípio constitucional e também norteador do agir social, a solidariedade pode e deve ser exigida também quando empresas privadas estiverem contratando com a administração pública.

Se nas celebrações de contratos entre entidades públicas e pessoas privadas já fossem seguidas as regras dispostas na legislação específica, como, por exemplo, no caso de licitação, se os procedimentos já fossem ali respeitados, seria um grande avanço para a boa administração do dinheiro público, o qual serve para realizar os direitos fundamentais sociais que são prestacionais por parte do Estado. Contudo, como rotineiramente se sabe que nem sempre os procedimentos legais são observados por empresas e agentes públicos, muito se perde em termos de realização de direitos e na busca pela máxima realização da dignidade da pessoa humana. É nesse momento que poderia ser útil pensar a cogência da solidariedade enquanto princípio, uma vez que a sua observância deve ser tanto do Estado quando da sociedade.

Não parece lógico exigir-se apenas do Estado a sua observância nem tampouco destacar o dever de consideração somente nas relações entre privados. Uma pessoa privada que queira realizar negócio jurídico com algum ente público deve, a partir do que pretende o princípio da solidariedade, portar-se com o seu agir voltado ao coletivo, não com objetivo apenas de beneficiar-se a si próprio, característica esta do individualismo e egoísmo que marcam as sociedades contemporâneas. Justamente por saber que o Estado é o meio pelo qual são garantidos a maioria dos direitos fundamentais e sociais é que qualquer pessoa, a partir do paradigma da solidariedade, deve considerá-lo quando em contratação com a administração pública, porque o olhar deve estar no coletivo.

Fala-se isso porque se sabe que o poder econômico desigualdade as forças de cada sujeito na tomada de decisões que vinculam a sociedade. Gaspardo (2009, p. 92) assevera que “o bloqueio à soberania brasileira não decorre apenas de fatores externos, mas também internos: poderosos atores econômicos nacionais limitam o exercício da soberania estatal”, indicando uma submissão do Estado ao poder econômico. A correta relação seria o Estado ter o controle da soberania popular, mas o que ocorre é que o poder econômico faz com que “recursos públicos sejam empregados para atender a interesses privados” (GASPARDO, 2009, p. 92), contrariando frontalmente o que vem estabelecer, na ordem jurídica, o princípio da solidariedade.

Esse cenário fica evidente, por exemplo, nas ações governamentais que favorecem com mais obras, subvenções e todo tipo de investimentos e serviços públicos os setores da sociedade mais articulados, economicamente poderosos e com maior capacidade de pressão, “independentemente de quaisquer critérios de necessidade ou de relevância social” (FARIA, 2010, p. 127-128). Nisso, há uma completa predominância dos interesses individuais independente da realização e emancipação social.

Perceba-se que a qualidade de vida das pessoas depende, em grande medida, da economia. Contudo, os fatores econômicos determinantes não são controlados por instituições representativas, e sim pelas forças do mercado, forças estas que, como já destacado no capítulo dois, destacam o agir individualizado e destacado da noção própria de sociedade. Os indivíduos não lideram mais a sociedade, apenas seguem a onda do poder cultural hegemônico, o qual está vinculado ao poder econômico (DOGLIANI, 2000). Não obstante, o individualismo passa a dominar a política, de modo que não são coletivamente construídos projetos sobre o futuro comum das sociedades (BAUMAN, 2001, p. 124).

A consequência disso é que a sociabilidade irá se expressar apenas em “explosões espetaculares, concentradas – e breves, como todas as explosões”, por exemplo, em grandes atos de compaixão ou de agressão a alguém que “a maior parte do público identifica como um inimigo pessoal” (BAUMAN, 2000, p. 11), o que gera uma não estabilidade, de maneira que não há maiores compromissos nas atuais formas de agregação social.

A dupla função do princípio da solidariedade, boa-fé objetiva e função social, defendida para as relações contratuais entre particulares também pode ser pensada para as relações desta natureza que envolverem um particular e o Estado, o que permitiria não só uma melhor construção de relações negociais, mas especialmente negócios jurídicos que observassem os pressupostos constitucionais, de modo a buscar o caminho pela realização dos objetivos da República. É por isso que a partir do texto constitucional “resta evidente a busca do equilíbrio entre a esfera de proteção social e o regime capitalista de mercado”, concluindo que “o Estado assume o papel de *médium* entre sua função de regulador econômico em contraponto ao seu papel de garantidor social, perquirindo sempre a proteção da dignidade da pessoa humana e concretização dos direitos fundamentais” (REIS; KONRAD, 2015, p. 70).

Não obstante, os autores referem que “a partir dessa lógica de freios e contrapesos da atuação estatal, a autonomia privada nas relações entre particulares e entre esses e o Estado é vislumbrada como fundamento constitucional do Estado sendo respeitado sob o viés da dignidade da pessoa humana” (REIS; KONRAD, 2015, p. 70). Isso significa dizer, portanto, que de nada adianta criarem-se mecanismos, institutos jurídicos que auxiliem na persecução da dignidade da pessoa humana se não for pensado no todo do sistema, isto é, deve-se observar a necessidade da aplicação do princípio da solidariedade não apenas nas relações interprivadas, mas também quando pessoas privadas estiverem se relacionando para com o Estado, maior garantidor de direitos fundamentais e sociais, especialmente pelo fato de nestas relações estarem em jogo os interesses da própria sociedade. Mostra-se imperioso a percepção do próprio sentido de sociedade que foi amplamente destacado neste texto.

4 CONCLUSÃO

De forma sucinta, a solidariedade, assim como a dignidade da pessoa humana, constitui como objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, inúmeras são as propostas de diálogo acerca da sua aplicabilidade frente as relações privadas, a partir da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, acredita-se que a sua aplicabilidade deve também ser pensada nas relações negociais realizadas entre Estado e pessoas privadas, por ser a solidariedade um dos objetivos gerais da República brasileira com previsão expressa no texto constitucional.

A partir de tal premissa, buscou-se fazer uma relação das colocações feitas pela literatura especializada no princípio da solidariedade para com a possibilidade de sua observação nas relações contratuais entre Estado e pessoas privadas. Assim, considerando-se a concepção jurídica da solidariedade, acredita-se estar ela associada ao princípio da justiça social na busca pela responsabilidade para com o outro.

Isso tudo somado às características que definem as sociedades contemporâneas, as quais são marcadas pelos valores do mercado e destacadas pela preponderância de ações voltadas ao interesse próprio, descolado dos interesses coletivos e, portanto, sem relação com o próprio sentido de sociedade.

Por fim, considerando-se que o destaque majoritário acerca do princípio da solidariedade diz respeito a este ser um novo paradigma que deve pautar todo o agir dos indivíduos sujeitos ao ordenamento jurídico que o consagra na busca pela maior realização dos direitos fundamentais e, portanto, da dignidade da pessoa humana, acredita-se que para além das meras relações privadas, deve haver a observância de tal princípio no agir daqueles que mais tem o poder de influenciar e de tomar decisões que influenciarão a vida de todos, isto é, Estado e empresas que se relacionem com entes públicos.

REFERÊNCIAS

BAGATINI, Júlia. A solidariedade no direito. **UNITAS – Revista do Curso de Direito**, nº 1, Ano 2016, p. 90-105. Disponível em: <<http://revista.faifaculdades.edu.br:8080/index.php/direito/article/view/175>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

CARVALHO, João Deusdete de. O princípio da solidariedade na formulação de políticas públicas para a educação. **Revista Direito & Dialogicidade** - Crato, CE, vol. 07, n. 01, jan/jul. 2016, p. 1-17. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/1400/1079>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

DOGLIANI, Mario. Deve la Politica Democratica Avere una sua Risorsa di Potere Separata? CASSESE, Sabino. **Dallo Stato Monoclasse alla Globalizzazione**. Milano: Giuffrè, 2000. p. 61-72.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127-60.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

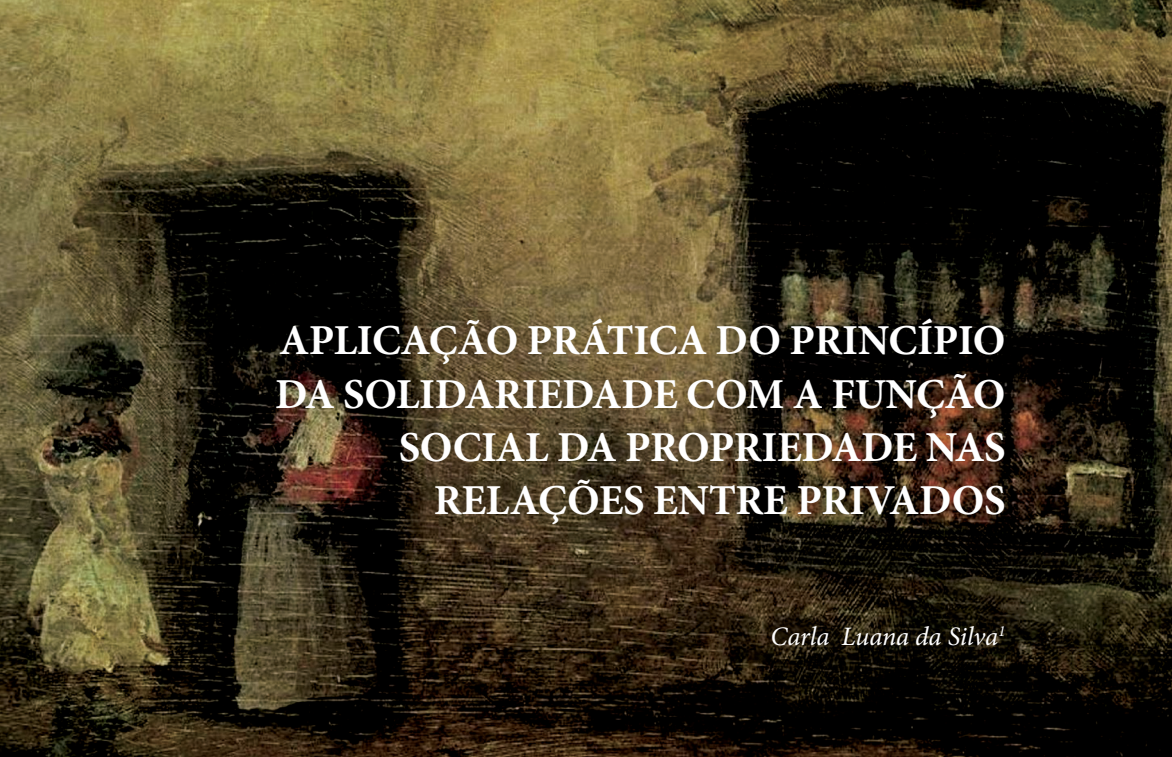
GASPARDO, Murilo. Globalização e o déficit democrático das instituições representativas brasileiras. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 85-115.

MORAES, Maria Célia Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 6, jul./set. 1993.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. REIS, Jorge Renato dos.; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas - Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, tomo.7, p. 2033-2064.

REIS, Jorge Renato dos. KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 20 - n. 1, jan/abr, 2015, p. 59-87.

TERRA, R. B. M. da R. B.; PELLEGRINI, G. K. de F. **Inter-relações entre o direito público e o privado: uma abordagem do princípio da solidariedade nas relações privadas**. In: REIS, J. R. dos; Cerqueira, K. L (Orgs.). Santa Cruz do Sul, Editora IPR, 2013.



APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

Carla Luana da Silva¹

RESUMO

O artigo tem como tema central a análise do princípio da solidariedade com o instituto da função social da propriedade, enfocando os direitos fundamentais nas relações entre privados. O problema que embasou a pesquisa foi perquirir a materialização prática desses institutos, tendo em vista todo reflexo do constitucionalismo contemporâneo. Primeiro buscou-se, de forma geral, uma análise do constitucionalismo moderno ao contemporâneo por ser base para entender a perspectiva atribuída aos direitos fundamentais nas relações entre privados. O segundo passo foi avaliar, especificamente, os direitos fundamentais nas relações entre privados. E, como forma de desenvolver a resposta ao problema delineador da pesquisa, buscou-se, então, a aplicação do princípio da solidariedade com o instituto da função social da propriedade, fazendo-se uma análise de caso concreto. Para formar essas ligações utilizou-se do método de pesquisa hipotético dedutivo, chegando-se aos seguintes resultados: sobre o norte do constitucionalismo contemporâneo há a necessidade de uma renovada interpretação do direito privado, tendo em vista os fins sociais que se almejam concretizar na Constituição Federal de 1988; essa interpretação passa por dar maior efetividade aos direitos fundamentais e, principalmente, ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana; viu-se que toda essa incidência tem aplicação direta nas relações privadas, e um instituto para referência aqui é a função social da propriedade sobre o norte do princípio da solidariedade; vê-se, a partir da pesquisa, que toda argumentação teórica em torno do assunto goza de materialização prática, tendo em vista a interpretação encontrada numa análise jurisprudencial.

1 Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUP/CAPES, modalidade Taxa, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-graduanda em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Integrante do Grupo de Pesquisa “Estado, Administração Pública e Sociedade”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, na linha de Patologias Corruptivas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanauschulz@hotmail.com.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo; direitos fundamentais; função social da propriedade; princípio da solidariedade; relações privadas.

1 INTRODUÇÃO

Vê-se que o constitucionalismo contemporâneo é a base do Estado Democrático de Direito. Esse traz consigo a Constituição como guia orientando todo ordenamento jurídico a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Um de seus reflexos primordiais é a promoção do movimento de constitucionalização do direito infraconstitucional, como o Direito Civil e as relações entre particulares que se formam nesse meio. Nesse sentido, assumirá grande relevância o princípio da solidariedade e a função social da propriedade.

Dessa forma, a presente pesquisa terá como tema central a análise do princípio da solidariedade nas relações entre privados, referenciando o instituto da função social da propriedade. O problema investigativo que embasará o artigo será perquirir a aplicação prática desses institutos, tendo em vista todo reflexo do constitucionalismo contemporâneo. Assim, o objetivo é demonstrar a materialização desses não só em termos teóricos, mas também em termos práticos.

O primeiro capítulo buscará uma análise do constitucionalismo moderno ao contemporâneo por ser base para entender a perspectiva atribuída aos direitos fundamentais nas relações entre privados. O segundo capítulo cuidará de avaliar especificamente os direitos fundamentais nessas relações. E o terceiro capítulo, buscando resposta ao problema investigativo da pesquisa, alcançará, então, a aplicação do princípio da solidariedade com o instituto da função social da propriedade com análise de um caso jurisprudencial.

Para formar essas ligações se utilizará do método de pesquisa hipotético dedutivo, partindo das premissas gerais do constitucionalismo contemporâneo, aos seus reflexos específicos nas relações entre privados, desenvolvendo o princípio da solidariedade e a função social da propriedade nesse meio, e testando suas aplicações na jurisprudência. Assim, adotar-se-á como método de procedimento primeiramente o método analítico e, posteriormente, o método de estudo de caso. No estudo de caso é utilizada como fonte de pesquisa a jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul.

2 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO: BASE PARA ENTENDER A PERSPECTIVA ATRIBUÍDA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

Para falar em direitos fundamentais nas relações entre privados, é essencial entender o contexto que dá sua base de sustentação atual, o constitucionalismo contemporâneo. Perlingiere (2008) já explicava que a própria doutrina do direito civil teve incidência

direta desse fenômeno, em que, conseqüentemente, trouxe seus principais pressupostos teóricos. Nesse sentido, “a questão concernente à extensão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas apresenta profundas conexões com a forma pela qual encaramos o Estado, a sociedade e os direitos humanos” (SARMENTO, 2004, p. 17).

O constitucionalismo contemporâneo é a base do Estado atual. Esse movimento tem a Constituição como guia para a vida em sociedade. Entendida como Constituição política e jurídica, ela reflete seu caráter principiológico e sua força normativa por toda ordem social. Nesse cenário, os direitos fundamentais ganham papel de destaque. Na verdade, desde o reconhecimento das primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, o que implicou no seu estudo considerando as dimensões que surgiam sob as feições de cada Estado, e toda importância que obtém no constitucionalismo atual (SARMENTO, 2004).

Fala-se que a Constituição, como documento jurídico, é tida como uma “invenção” moderna, tendo como marco inicial os fundamentos do pensamento iluminista constituído pelo paradigma do Estado Liberal. Ocorre uma valorização do documento constitucional escrito, marcando a fase denominada constitucionalismo moderno. Essa concepção é desencadeada nas Constituições dos Estados Americanos de 1787 e na Revolução Francesa de 1789. Conforme Leal (2007), a Revolução Francesa pode ser considerada como o “berço” deste fenômeno.

Nesse Estado Liberal, observa-se a presença de um contrato social, que, “partindo do pressuposto de que o indivíduo esta no centro da teoria política, coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e os seus direitos” (LEAL, 2007, p. 8). Assim, os direitos dos cidadãos e os deveres do Estado passam a ser geridos na ideia de que a liberdade do indivíduo é ilimitada por ser anterior ao Estado, enquanto a faculdade do Estado para invadi-la é limitada.

Tem-se, a partir dessa perspectiva, os direitos fundamentais chamados de primeira dimensão, sendo os direitos de liberdade, a saber, os direitos civis e políticos, que tem por titular o indivíduo que os deterá como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado; nessa ocasião, refere-se que essa era a época dos direitos fundamentais à medida da lei (SARLET, 2012). Segundo Silva (2008, p. 112), as características básicas que constituíram o Estado Liberal foram:

- (a) submissão ao império da lei, [...] sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário[...]; (c) enunciados e garantia dos direitos individuais.

Leal (2007) explica que, em decorrência do poder dividido em competências circunscritas, ou seja, na divisão de poderes, o melhor instrumento para torná-lo efetivo, assegurando os direitos individuais de maneira neutra e racional, era a lei. Nesta perspectiva, o princípio da legalidade trouxe a ideia da lei como ato normativo supremo, em que, nesse passo, o direito passa a concentrar-se no aspecto procedimental, na obediência a procedimentos e na correta utilização dos instrumentos instituídos pela própria lei.

Sendo tida como aplicação geral, a lei traduz os ideais de igualdade, segurança jurídica, bem como legalidade. Para vincular também o Estado e obrigar todos os entes políticos, ela precisou adquirir um status diferenciado, o status de lei constitucional. Por isso a afirmação inicial sobre o surgimento das constituições escritas. Leal (2007, p. 15) refere que “está aberto, assim, o caminho para a ideia de Constituição e superioridade hierárquica com relação as demais normas”.

Nesse sentido, sob uma perspectiva formal, a Constituição passa a ser vista como verdadeira norma jurídica. Caberá ao Judiciário, então, aplicar também a Constituição, cujo fundamento residirá no aspecto hierárquico, compreendido na figura piramidal idealizada por Kelsen (1984). Já a visão norte-americana será diversa, pois limitará o Legislativo pelos direitos, em que, invertendo a lógica francesa, cabe ao Judiciário a partir da Constituição a salvaguarda desses, originando, dessa forma, o ativismo judicial que marcará esse sistema.

Levando como referência o sistema liberal adotado pela França após a Revolução Francesa, vê-se que o papel reservado ao Judiciário estará voltado à compreensão dada pela Escola do Empirismo Exegético, que se caracterizará como um movimento de interpretação silogística de normas (SARLET, 2012). Este se dá pela “teoria do silogismo”, em que o juiz, ao aplicar a lei, deve fazer a dedução à conclusão de um silogismo, não criando nada de novo, somente explicitando as premissas compostas pela norma (BOBBIO, 1999). Leal (2007) aponta que para esta escola, o juiz aparecerá proibido de interpretar a lei, cabendo a ele tão somente a tarefa de aplicar a norma em um caso concreto, restringindo a atividade judicial e, em contrapartida, privilegiando a vontade do legislador.

Ocorre posteriormente que essa postura vinculada à lei, do Estado Liberal, permanecerá por um longo período, se modificando tão somente nas transformações de fundo do constitucionalismo social, no Estado Social, no começo do século XX.

O Estado Social se tornará peculiar por regular uma esfera muito mais ampla que o Liberal, expandindo o campo constitucional para abranger toda sociedade, e não só o Estado. Esse aspecto, como se verá adiante, será essencial para entender os direitos fundamentais nas relações privadas. Conforme Bonavides (2002, p. 149), “o Estado Social tem a função mais adaptativa e estabilizadora de sancionar, mediante a legalidade ou a juridicidade, todas as transformações feitas ou transcorridas no âmbito da sociedade”. O Estado de Bem-Estar Social, como vai ser chamado, não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais.

Nesse contexto, o Estado transforma-se em Estado Social de Direito, em que, pela correção do individualismo liberal, tem-se a afirmação dos chamados Direitos Sociais e a realização de objetivos de justiça social. “Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém relembrar, são aqueles que exigem do poder público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes” (TAVARES, 2008, p. 769).

Elucida-se que o Estado vai tomar para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social, no sentido de uma realização material de igualdade, constitucionalizando-se direitos econômicos, sociais e culturais, direitos ditos como de segunda dimensão. Conforme explica Leal (2007), no âmbito da constituição, essa transformação se reflete na noção de constitucionalismo material, buscando nos valores a unificação de uma sociedade fragmentada, e elevando-os na figura da Constituição. A Constituição assumirá a feição de ser eminentemente política.

Outra compreensão a essa fase se dá também sobre o aspecto de que a Constituição precisa contemplar a multiplicidade dos processos criadores do direito, residindo nela uma percepção integradora, não excluindo o aspecto formal, mas vinculando outros elementos materiais e políticos. Dá-se também, nessa perspectiva, a formulação da Constituição dirigente por assumir uma série de diretrizes que configuram imposições permanentes para o legislador (LEAL, 2007).

Seguindo as transformações históricas, chega-se ao Estado Democrático de Direito. Diz-se que, devido aos eventos nefastos ocorridos após a II Guerra Mundial, principalmente nos países mais afetados pelos regimes totalitários, iniciou-se forte movimento de resgate e fortalecimento da noção de democracia e de Direitos Humanos. Esses passam a ocupar lugar de destaque nas Constituições, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana (LEAL, 2007). Houve uma rematerialização do conceito de Estado de Direito, apontando-se, agora, ao Estado Democrático de Direito, não mais de observância formal da legalidade vigente, mas, sobretudo, observando os valores de onde decorrem os direitos (NOVAIS, 2012).

Assim, a partir da metade do século XX, o constitucionalismo sofre um momento de refundação. Segundo Novais (2012), reestrutura-se o constitucionalismo ao reafirmar a inspiração fundada no valor da igual dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Haverá de se assegurar o respeito e proteção da dignidade humana como norma jurídica constitucional que vincula todos os poderes do Estado, incluindo também o legislador.

Consoante Leal (2007), esses avanços de referência aos direitos irão atribuir às Constituições uma natureza aberta com necessidade de concretização, que irá demandar uma atividade criativa por parte dos Tribunais de forma hermenêutica e delimitativa na extensão das decisões quanto aos direitos fundamentais, especialmente quando em

conflito com outros direitos. Nessa perspectiva, a Constituição passa a ser vista como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota na materialização de uma ordem democrática.

Assim, abandona-se a visão da Constituição como instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, como ocorria nos moldes do paradigma Liberal, ou mesmo, a noção de mecanismo de direção política, como se constituía no Estado Social. Concretiza-se, com tais movimentos, a noção de sociedade solidária, composta a partir das relações sociais, considerando os valores do homem no meio coletivo e materializando-se o Estado Democrático de Direito (LEAL, 2007).

O Estado Democrático de Direito se fundará no princípio da soberania popular, impondo a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, visando realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana (BONAVIDES, 2002). Nesse contexto, também se vê a concretização dos direitos de terceira dimensão:

os direitos fundamentais da terceira dimensão, 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. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (SARLET, 2012, p. 34, grifos originais).

Os direitos de terceira dimensão serão denominados como direitos de fraternidade ou de solidariedade e terão como característica primordial ser de titularidade coletiva dos grupos humanos. Leal (2007) dispõe que essa concepção, dita como solidária, estará então, como já referido, impregnada de um aspecto valorativo e ético em face da posição humanista incorporada na teoria constitucional. Sendo interpretada em face da realidade concreta, a Constituição tem esses valores incorporados para dentro de seu texto, revestindo-se de um status jurídico. Como ocorrerá com o princípio da solidariedade, mais adiante discorrido.

Nesse sentido, têm-se os ideais trazidos por Hesse (1999), que vai delimitar a Constituição como ordem jurídica fundamental da coletividade orientada por determinados princípios de sentido, que revelam os valores políticos, culturais e sociais. A noção de Constituição aberta terá como pressuposto a diferenciação social e o pluralismo característico da sociedade contemporânea, em que a interpretação, nesse contexto, necessitará permanentemente de uma integração entre o texto normativo e a realidade (LEAL, 2007).

Muller (1995) vai discorrer, também, ser a descoberta da norma e sua aplicação um processo unitário, no qual se constituirá de dois aspectos: o programa da norma como conteúdo semântico do texto normativo e o domínio da norma como realidade social. Para Haberle (1997), a Constituição passará a ser vista como um produto cultural, constituída de um sistema aberto capaz de interagir no meio no qual esta inserida, daí a noção dela ser vista em uma perspectiva viva por meio da interpretação, sendo resultado da obra de todos os seus intérpretes.

Ainda, analisa-se que:

à supremacia até então meramente formal da Lei Maior agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como constitucionalização dos direitos, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, penal, processual etc., (BARCELLOS, 2005, p. 8, grifos originais).

Vê-se que essa visão perpassa a esfera constitucional para toda a esfera infraconstitucional, em que todo o sistema deverá ser observado a partir dos princípios e regras constitucionais. É nesse cenário que se fala em constitucionalização de direitos, mudando o paradigma dos ramos autônomos e tradicionais, como o Direito Civil.

Essa perspectiva será possível também, a partir da dupla dimensão atribuída aos direitos fundamentais, que se tornarão o eixo central da sociedade e do sistema jurídico. Esse duplo aspecto de caráter, constituirá em um aspecto que emana e vale para todos os âmbitos do direito, dando-se destaque a dimensão objetiva (SARLET, 2012).

Nesse sentido, todas as leis deverão ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, onde de um lado apresentam-se como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, e de outro sustentam uma ordem de valores objetiva que valerá como decisão fundamental que se projeta para todo o direito (LEAL, 2007). Pelo efeito da irradiação é que esses direitos, na sua condição de direito objetivo, vão fornecer diretrizes pra aplicação e para interpretação de todo direito infraconstitucional. Por vezes, esses, juntamente com a Constituição, influenciarão diretamente diferentes ramos de direito, que atingirão tanto a esfera judiciária, quanto a todas as outras funções do Estado (LEAL, 2007).

Ao observar tais preceitos, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige que esses devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista com base na

sua posição perante o Estado, mas também, sob o ponto de vista social da comunidade e de sua totalidade. Nesse sentido, ganha relevância a ideia de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Uma de incidência dos direitos nas relações entre Estado e indivíduo, e a outra nas relações indivíduo e indivíduo.

Todas essas características vão permear o constitucionalismo contemporâneo que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como norte. Devido ao fator da constitucionalização, e todas as interpretações em torno dos direitos fundamentais nesse meio, o constitucionalismo contemporâneo torna-se essencial para o entendimento da incidência e aplicação interpretativa dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS SOB O REFLEXO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Toda a base fornecida pelo constitucionalismo contemporâneo enfoca a questão da natureza normativa das constituições, a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico, o pluralismo de fontes do direito, e uma renovada teoria de interpretação jurídica com fins aplicativos. Esses são os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como ensina Perlingieri (2008).

Como observado, o constitucionalismo contemporâneo terá os direitos fundamentais como sua base. Esses direitos concretizam-se como resultado de lutas e batalhas travadas no tempo, em face da afirmação da dignidade da pessoa humana. Eles ora aparecerão explícitos, ora implicitamente no texto constitucional devido à textura aberta que permite incorporar além os direitos formais positivados, novos direitos fundamentais materiais, acompanhando a evolução da realidade social, política e jurídica (REIS, 2007).

Sobre o paradigma liberal, os direitos fundamentais apenas serviam para limitar o Estado. Estando na Constituição, não se imiscuíam no âmbito das relações privadas. É importante mencionar que o Código Civil, legislação ordinária, é que disciplinava essas relações. Tendo como pilares a propriedade e o contrato, este buscou assegurar a previsibilidade e segurança das regras para os sujeitos de direitos em relações de reciprocidade. Prezava-se pela autonomia individual com o primado do privado sobre o público. Por isso, afirma-se que o modelo do Estado Liberal levava a uma rígida separação entre o Direito público e o privado (SARMENTO, 2004).

Nesse período, a autonomia privada era verdadeiro dogma, utilizada na proteção da propriedade e os direitos econômicos que a envolvia. A autonomia privada representava o núcleo gravitacional da liberdade tão apregoada no Estado Liberal, o qual tinha como maior missão constitucional garantir a propriedade privada (REIS, 2007).

A Constituição regulava as relações desiguais entre cidadão e Estado, e o Código Civil tinha atribuição de regular a relação entre os particulares em pé de igualdade. “O Código Civil desempenhava o papel correspondente ao de uma Constituição das relações privadas e da sociedade civil, de diploma básico de toda ordem jurídica” (SARMENTO, 2004, p. 92).

O paradigma social no âmbito do direito privado acaba multiplicando as normas de ordem pública e amplia as hipóteses de limitação a autonomia das partes em prol dos interesses da coletividade. Nota-se progressiva publicização do direito privado e da sua invasão pela normativa constitucional. Sarmento (2004) refere que a Constituição se projeta na ordem civil, no mercado e a economia; ao mesmo passo, consagra valores solidários e direitos oponíveis aos privados.

Inverte-se a lógica do paradigma liberal no sentido do primado do público sobre o privado devido ao grande aumento de intervenção estatal. “No bojo desta redefinição das fronteiras entre o público e o privado no Estado Social, pode se situar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas” (SARMENTO, 2004, p. 42).

Num paradigma pós-social, público e privado cada vez mais se entrelaçam e se confundem. Esse modelo de Estado exigirá com intensidade ainda maior a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse cenário, a eficácia horizontal desses direitos torna-se muito relevante. “Com ela recupera-se a noção de solidariedade, revestindo-a de juridicidade” (SARMENTO, 2004, p. 53).

Essa base incutirá na postulação de constitucionalização do direito privado como movimento necessário para pautar as relações privadas com parâmetros mais justos. A ideia de constitucionalização do direito privado se dá sobre dois enfoques, primeiro em face da hermenêutica constitucional com toda leitura a partir da Constituição, e segundo, sobre a regulação da vida privada pela Constituição. Nesse contexto, a importância de uma interpretação jurídica que conceba a Constituição como norte e que permita uma leitura da legislação infraconstitucional sob sua égide (SARMENTO, 2004).

Preza-se por uma teoria de interpretação jurídica que não se utilize apenas do sistema lógico-teórico da subsunção, como ocorria no Estado Liberal, mas sim de uma aceção sistemática e axiológica. Nesse sentido, o ordenamento é interpretado em sua unidade em conformidade com os valores e princípios constitucionais (PERLINGIERI, 2008).

Um ordenamento jurídico uno e complexo deterá os princípios constitucionais como valores guias e de papel central numa pluralidade de fontes do direito. Esses princípios vão refletir nas relações intersubjetivas e permitirão uma nova visão ao deixar para trás a ideia de um sistema dividido em ramos autônomos ou em microssistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados, sem nenhuma possibilidade de comunicação entre si (PERLINGIERI, 2008).

Nesse sentido, as delimitações do constitucionalismo contemporâneo e os princípios ganham destaque fundamental. Esses adquirem o status de normas jurídicas, normas essas que se subdividem em princípios e regras. É por meio dos princípios que se pode falar no processo de constitucionalização do direito privado. “Na verdade, a primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem no Direito Privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais” (SARMENTO, 2004, p. 88).

Assim se retorna a ideia de que os princípios constitucionais conferem uma abertura tanto da interpretação da Constituição, quanto do ordenamento jurídico privado. “Tais princípios vão fecundar o Direito Privado com seus ideais solidarísticos, imprimindo-lhe feições inteiramente novas” (SARMENTO, 2004, p. 88). Vê-se a concretização de um sistema aberto em que a Constituição se torna o vértice, sendo o centro do Direito Privado.

Por conseguinte,

[...] a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana. Propriedade, posse, contrato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizarem-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição (SARMENTO, 2004, p. 99).

A natureza normativa das constituições resplandece o valor atribuído aos princípios e às normas, e o caráter de supremacia que os revestem. As normas constitucionais indicam os fundamentos e as justificações para toda relação jurídica. Sob este aspecto pode-se falar em revisão do direito civil sobre a luz da Constituição. Há um movimento de repersonalização e despatrimonialização, em que há a mudança de paradigma do direito privado, colocando o indivíduo no topo de sua proteção, como se verá adiante.

Diga-se que uma das formas da incidência das normas constitucionais do Direito Privado é a de representar um limite para o legislador, resultando na inconstitucionalidade das normas que forem contrárias à Constituição, ou mesmo da não recepção de diplomas anteriores que sejam colidentes. Além disso, a Constituição mostra-se como inspiração as normas privadas, devendo orientar-se pelos valores constitucionais, em que a dignidade da pessoa humana é o princípio maior a ser alcançado.

A ideia é de que o operador do direito sempre utilize da interpretação que mais prestigie a Constituição e concretize o princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se falar até mesmo na possibilidade de uma aplicação direta da Constituição nas relações privadas, não se restringindo apenas aos casos excepcionais, ou mesmo, somente na

interpretação das cláusulas gerais do direito civil. Deve-se haver um estímulo de aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas como forma de fortalecimento da Constituição e humanização do Direito Privado, entendendo a opção por uma proteção mais elevada ao princípio da dignidade da pessoa humana que dá unidade de sentido e valor a Carta Maior (SARMENTO, 2004).

O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana associa e coordena os direitos fundamentais, norteando axiologicamente todo ordenamento jurídico com coerência valorativa. A dignidade da pessoa humana é um superprincípio que dá à hermenêutica constitucional um sentido próprio, proporcionando a ideia de unidade e racionalidade ética (REIS, 2007).

Reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana está no vértice axiológico da ordem jurídica provoca a primazia do valor da pessoa humana sobre os valores patrimoniais do Direito Privado. Nesses casos, sobre toda essa interpretação fala-se em despatrimonialização do Direito Privado, em que os direitos patrimoniais saem da posição de ser fim a ser almejado, passando a ser meio para a realização dos valores da pessoa humana, que passa a ser o centro (SARMENTO, 2004).

Reis (2007) explica que, nesse sentido, a ideia de personalismo vem para tutelar a pessoa humana na proteção de sua dignidade, em que pode-se falar na repersonalização do Direito Civil, colocando a pessoa humana no centro do sistema jurídico.

Os direitos fundamentais assumirão dupla dimensão. Além de uma dimensão subjetiva, é relevante o reconhecimento de sua dimensão objetiva. Essa dimensão, como mencionado anteriormente, possibilita que o reconhecimento de que tais direitos tanto impõem obrigações aos poderes estatais, como consagra valores entendidos mais importantes na sociedade. Nessa perspectiva, sua aplicação não é só de valer a nível subjetivo, mas também do ponto de vista da comunidade em uma relação de solidariedade (SARMENTO, 2004).

Nesse sentido, afirma-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais, sendo estes fonte de direitos subjetivos e base fundamental a todo direito positivo. A dimensão objetiva desemboca na ideia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, fazendo com que os direitos fundamentais reflitam por todo ordenamento jurídico e façam parte da interpretação das normas, servindo de diretriz a todos os poderes quando concretizam a filtragem constitucional.

A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva, e da justiça social, impressas no tecido constitucional (SARMENTO, 2004, p. 155, grifos originais).

Retoma-se a eficácia irradiante aqui por ser primordial no processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, e na aplicação das relações entre privados que se discute. Sarmiento (2004) refere que essa eficácia é bastante notável na Constituição Federal de 1988 pelo extenso rol de direitos fundamentais explícitos e implícitos que consagra lhes dando primazia e centralidade, bem como, a preponderância de valores solidarísticos de inspiração humanitária.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se fortalece a teoria do dever de proteção. Nesse sentido, é compromisso do Estado não só abster-se de violar direitos, mas também de protegê-los frente a ameaças que venham de terceiros, no intuito de promover os direitos da pessoa humana (SARMENTO, 2004).

Os direitos fundamentais, dessa forma, também se consagram com características peculiares que elevam sua posição hermenêutica quando na realização de sua interpretação. A característica da inalienabilidade reflete na ideia de indisposição dos direitos fundamentais pelo seu titular, em que seu caráter personalíssimo proíbe a hipótese de sua venda ou doação. A característica da imprescritibilidade resguarda o fato de que esses direitos não são prescritíveis, tendo eterna certeza de exigibilidade. A terceira característica que os permeiam é a irrenunciabilidade, que reflete na noção de que é impossível a hipótese de renúncia pelo seu titular (FONTANA, REIS, 2011).

Todas essas características e peculiaridades fazem-se presentes no Direito Privado e nas relações que se estabelecem nesse meio e, como visto, carregarão de todo o viés interpretativo constitucional. Como mencionado nos parágrafos anteriores, torna-se relevante os valores solidários que se buscam concretizar, por isso que se caminha, no próximo tópico, a analisar a aplicação prática desses valores nas relações privadas. Essa aplicação repercute na análise de dois importantes pontos, o princípio da solidariedade, norteador de todo o ordenamento e o instituto da função social da propriedade.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COM O INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Opta-se por descrever o princípio da solidariedade por tornar-se o paradigma do Direito Privado, refletindo os ideais de bem-estar e justiça social. Logicamente, esse princípio norteia não só essas relações, mas todo ordenamento jurídico. Desse fato, já decorre a importância que assume no Estado Democrático de Direito. Cardoso (2010) insiste que a realidade social exige dos direitos subjetivos um relacionamento intrínseco com os interesses sociais, por isso o princípio da solidariedade projeta a ideia de impulsionar os comportamentos individuais em benefício dos interesses sociais e difusos da comunidade.

Fala-se que a ideia de solidariedade não é algo que surgiu repentinamente, isso porque sua origem teria duas vertentes intelectuais, o estoicismo e o cristianismo pri-

mitivo. Esses ligavam a solidariedade mais a ideia de caridade ou filantropia. A partir de então, ela se torna presente no âmbito social, assumindo diferentes formas. No final do século XIX é que se pode falar na descoberta da solidariedade no sentido de designar uma nova forma de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo- Estado, ou a sociedade como um todo, abandonando a noção inicial de caridade ou filantropia (CASTRO, 1998).

Conceitualmente, a solidariedade: “trata-se de princípio totalmente abstrato, com uma carga ético-valorativa bastante forte e que permeia todo texto constitucional. Por meio dele espera-se uma postura de dever jurídico perante o ordenamento [...]” (FONTANA, REIS, 2011, p. 136). Entende-se a solidariedade como um fato objetivo, científico e moral, apresentando-se como um direito e um dever (FARIAS, 1998).

A solidariedade como um direito e um dever é responsável pela articulação entre o individual e o coletivo. A formação de uma concepção solidária reflete seu olhar na sociedade como um todo, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Nesse sentido, o solidarismo jurídico é o fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo a forma de viabilizar uma maior concretização de direitos, que, na maioria das vezes, encontram-se apenas como aportes teóricos, não realizáveis no texto constitucional (FARIAS, 1998).

A solidariedade carrega como principal característica o fato de reunir as pessoas na perspectiva do bem comum. Ela constitui o “fecho da abóboda do sistema de princípios éticos, pois contempla e aperfeiçoa a liberdade e a igualdade” (CARDOSO, 2010, p. 87). O papel da solidariedade vem carregado da responsabilidade de orientar a sociedade num sentido de valor, reconhecendo a dignidade que lhe é inerente como responsável de preservar a vida, enlaçando, a partir dessa perspectiva, a ideia de liberdade e igualdade.

O princípio da solidariedade é atribuído pela Constituição Federal numa ideia de fraternidade universal, promovendo o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Reis (2007) explica que, embora o Estado seja o destinatário principal do princípio da solidariedade, os particulares, nas relações interprivadas, também são destinatários, devido à abrangência dos direitos fundamentais. Por isso que se afirma que “o princípio constitucional da solidariedade é um fundamento adicional e de reforço à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” (REIS, 2007, p. 2039).

A solidariedade, ao mesmo tempo que é constituída como um instrumento para a prestação judicial, é também objetivo último para uma decisão ser concretizada com valores solidarísticos. Diante disso, é importante referir que o compromisso constitucional é de construir uma sociedade solidária, conforme preceituada no artigo 3º (FONTANA, REIS, 2011). O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]” (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, a solidariedade tem função de calibrar o direito e suas instituições para que se concretize plenamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade, na ordem constitucional, ampliam o campo de aplicação principiológica tanto do Direito Privado, como do Direito Público.

Cardoso (2010) explica que a tendência por uma sociedade solidária dá ao Direito Privado uma funcionalização social jamais vista. Cuida-se da “função do Direito Privado sob os padrões da ética, da moral, mas, sobretudo, da solidariedade” (CARDOSO, 2010, p. 162). Toda essa base enseja na ideia de que todo Direito Privado contemporâneo deve servir a finalidades sociais, atendendo ao bem-estar difuso e coletivo.

Faz-se uma reinterpretação dos institutos ordinários sobre o viés da solidariedade, instruindo que toda interpretação jurídica seja uma interpretação constitucional guiada pelos valores e princípios que norteiam a Constituição. Sobre a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais orienta-se a vinculação desses aos particulares, na relação indivíduo e indivíduo, não se limitando a incidir apenas nas relações verticais entre Estado e indivíduo (CARDOSO, 2010).

No Direito Privado é verificada a função social de cada norma do ordenamento jurídico no intuito de que todos os seres humanos tenham assegurados o respeito à dignidade da pessoa humana, concretizando um perfil solidário.

A propriedade privada é, nesse sentido, um exemplo a se referir. No código Civil de 2002, ela vem definida no artigo 1.225 como um direito real, e o artigo 1.228 e seguintes consagram a forma de exercício desse direito. A Constituição de 1988 dispôs, em seu artigo 5º, inciso XXII, a garantia do direito de propriedade. No inciso XXIII do mencionado dispositivo, afirmou que a propriedade atenderá à sua função social. Da mesma forma, determinou que a ordem econômica observará a função social da propriedade no artigo 170, inciso III.

Nesse cenário, o direito de propriedade continua a existir, contudo, seu reconhecimento só se fará legítimo enquanto atender à função social. Assim, a propriedade não é um direito isolado e absoluto, mas reveste-se de uma relação social que tem por função gerar desenvolvimento humano, econômico e social para a sociedade (CARDOSO, 2010), refletindo o princípio da solidariedade nas relações entre privados.

O direito de propriedade se vê obrigado a se materializar de forma alinhada ao texto constitucional. Nesse sentido, o instituto da função social exige do proprietário a observância dos interesses coletivos. Reis (2008) explica que o princípio da função social da propriedade tem sido mal interpretado na doutrina, confundindo-se com os sistemas de limitação da propriedade. Contudo, argumenta que as limitações dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário, enquanto a função social refere-se à estrutura desse direito ao ter que levar em sua interpretação a consideração dos interesses da coletividade em detrimento do interesse individual.

Toda essa interpretação mostra um grande avanço ao direito, possibilitando a concretização da máxima aplicação dos direitos fundamentais e, principalmente, do prin-

cípio da dignidade da pessoa humana. O que enseja, nesse sentido, observar a materialização desses institutos não só em termos teóricos, mas também em termos práticos.

Ao observar os reflexos práticos da aplicação do princípio da solidariedade e sua incidência sobre a função social da propriedade perquire-se se realmente sua utilização está concretizando os fins que foram almejados. Numa pesquisa no Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul foi feita a seleção de um caso para observar as argumentações aqui referidas.

O caso selecionado foi da Apelação Cível Nº 70071914279, julgada pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal do estado, em 30 de março de 2017. O recurso foi interposto por Edis de Oliveira Jardim e Queili Regina Monteiro nos autos da Ação de Usucapião em face de Hermes Patrício Gomes Balthazar Filho, tendo em vista sentença de improcedência no primeiro grau.

Edis de Oliveira Jardim e Queili Regina Monteiro Jardim ajuizaram a Ação de Usucapião, alegando possuir, há mais de 05 anos, “uma fração ideal de terreno urbano, com área superficial de 142,95m². Aduziram que a posse, uso e domínio do imóvel foi legitimada pela aquisição onerosa mediante Contrato Particular de Permuta de Terrenos Urbanos, firmado em 27.05.2007, salientando a titularidade do cadastro do bem junto à Prefeitura Municipal”.

Os apelantes argumentaram terem implementado o lapso temporal necessário para a concessão da usucapião da fração ideal do terreno, tendo a posse mansa, pacífica e ininterrupta desse, e sendo responsáveis pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o bem. Esse fato também foi confirmado pelas testemunhas trazidas aos autos. Ainda, os proprietários registrais foram citados e não contestaram o pedido.

Na análise do caso, os Desembargadores desenvolveram a argumentação em torno do direito de propriedade e a orientação estatuída sobre a consonância com o princípio da função social, conforme disposição constitucional. Pela descrição ali referida é que se optou por verificar a incidência dos institutos analisados no artigo, visto que foi um caso interessante de aplicação prática desses importantes instrumentos.

Argumentaram os Desembargadores que a função social da propriedade não tem outro fim senão o de dar sentido mais amplo ao conceito econômico de propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens que satisfaçam as necessidades sociais.

Nesse sentido, a introdução do conceito de função social que reconhece e garante a propriedade privada implica na superação da contraposição entre direito público e privado. Isso porque implica na evolução da propriedade em sentido social, destinada à satisfação de exigência de caráter social.

A decisão caminhou no entendimento que a função social não se impõe por obra e graça do legislador, mas uma imposição das condições sociais dos tempos atuais em

relação à propriedade privada. Assim, o princípio da função social da propriedade, atualmente, possui dentro da Constituição Federal de 1988, *status* de garantia fundamental e de princípio da ordem econômica.

Agrega-se a essa ideia os princípios norteadores dos pilares do Estado Democrático brasileiro como acontece com o princípio da dignidade humana e o princípio constitucional implícito da moradia. O direito à moradia, previsto na Constituição Federal, é essencial para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e do acesso à terra urbana e rural, bem como ao trabalho. Ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano.

No caso dos autos, além da comprovação dos requisitos imprescindíveis para aquisição da propriedade através da prescrição positiva, um ponto importante considerado foi o fato de garantir ao indivíduo os princípios da função social da propriedade e direito à moradia, independente da origem do bem (público ou privado), desde que atendido ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo primeiro da Constituição brasileira como fundamento da República.

No caso concreto, as provas produzidas comprovaram o preenchimento do lapso temporal exigido para concessão da usucapião pretendida e, mais do que isso, estava a concretizar a aplicação da função social da propriedade e dos fins constitucionais almejados. Essa materialização prática dos institutos levou à reforma da sentença de primeiro grau, concedendo o direito à propriedade aos autores da Usucapião.

Esse caso de funcionalização mostrou evidente a aplicação prática dos institutos até aqui descritos, o que torna o direito cada vez mais efetivo ao concretizar uma noção de sociedade solidária. Nesse sentido, para os operadores jurídicos é relevante a perspectiva tanto para o direito como um todo, como especificamente o Direito Privado, a noção de busca de interesses coletivos, insculpindo a cooperação e responsabilidade social.

Pensar em um ideal de justiça não só na relação entre as partes em um processo, na aplicação de um direito individual ao caso, mas sim, na acepção de justiça como transformadora da realidade existente, atuando em busca do bem comum a toda coletividade. No caso apresentado, corroborou-se a ideia de que a concessão da Usucapião refletiria de forma mais efetiva esses ideais. Por isso que se retorna a ideia de que a solidariedade precisa ser vista como um sistema de direitos e deveres, tendo a responsabilidade de ligar os homens de maneira duradoura e ética, em que cada ser humano assume a responsabilidade social.

Frisa-se que, tendo em vista essa percepção, mais direitos podem ser assegurados e realizados efetivamente. Cardoso (2010) dispõe que deve haver uma articulação entre o direito e o social. Nesse cenário, o princípio da solidariedade exige uma sociedade flexível, pluralista e aberta. Isso porque, na perspectiva do bem comum, as consciências

individuais se abrem e se entrelaçam, constituindo uma nova ordem moral. E, por mais que esse seja um objetivo longínquo, é possível efetivar.

Quando realizado a efetivação desses objetivos, concretizam-se os ideais da Constituição de 1988, aplicando-se o princípio da solidariedade para todas as relações, inclusive particulares. Por ora, deve sempre se pensar em uma maior efetivação de direitos, e nunca em atos que impliquem um retrocesso para com esses.

5 CONCLUSÃO

Viu-se que o constitucionalismo dá as bases do Estado atual, possuindo a Constituição como guia para a sociedade. Ela, por ora, reflete todo seu viés principiológico sobre a ordem constitucional, em que os direitos fundamentais assumem papel de destaque. Observou-se que esses direitos são frutos de diversas transformações históricas, passando pelo paradigma liberal, social e pós-social.

O constitucionalismo concretiza a noção de sociedade solidária, composta a partir das relações sociais, e materializando o Estado Democrático de Direito. Seus reflexos ultrapassam a esfera constitucional para toda a esfera infraconstitucional, em que todo o sistema deverá ser observado a partir dos princípios e regras constitucionais.

Notou-se a exigência ainda maior da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse cenário que se observou o fenômeno da constitucionalização de direitos, mudando o paradigma dos ramos autônomos e tradicionais como movimento necessário para pautar as relações privadas com parâmetros mais justos. A primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que conduzem permitem que eles penetrem no Direito Privado, impondo mudanças interpretativas dos seus institutos tradicionais. Sob este aspecto falou-se em revisão do direito civil sobre a luz da Constituição.

Perquiriu-se que o operador do direito sempre se utilize da interpretação que mais prestigie a Constituição e concretize o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o vértice axiológico da ordem jurídica provoca a primazia do valor da pessoa humana sobre os valores patrimoniais do Direito Privado. Por isso, ganha força o movimento de repersonalização e despatrimonialização, em que se muda o paradigma do direito privado colocando o indivíduo no topo de sua proteção.

Tornam-se relevantes os valores solidários que se buscam concretizar. Essa aplicação guiou a análise de dois importantes pontos, o princípio da solidariedade, norteador de todo o ordenamento, e o instituto da função social da propriedade. Assim, viu-se que o princípio da solidariedade torna-se o paradigma do Direito Privado, refletindo os ideais de bem-estar e justiça social. Fundamentou-se que há uma exigência da realidade social de que os direitos subjetivos tenham um relacionamento intrínseco com os interesses sociais, por

isso verificou-se que o princípio da solidariedade projeta a ideia de impulsionar os comportamentos individuais em benefício dos interesses sociais e difusos da comunidade.

Depreendeu-se que a solidariedade como um direito e um dever é responsável pela articulação entre o individual e o coletivo. O solidarismo jurídico mostrou-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo a forma de viabilizar uma maior concretização de direitos.

Ainda, um ponto importante destacado foi de que o princípio da solidariedade é concebido na Constituição Federal numa ideia de fraternidade universal, almejando promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana e calibrando o direito e suas instituições para que se concretize plenamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa perspectiva concedeu ao direito privado uma funcionlização jamais vista, ao ter que servir as finalidades sociais, promovendo o bem-estar difuso e coletivo.

Essa seara interpretativa incutiu na ideia de que no Direito Privado é verificado a função social de cada norma do ordenamento jurídico, fazendo com que todos os seres humanos tenham assegurados o respeito à dignidade da pessoa humana e concretizem o perfil solidário. Por isso, a vinculação estabelecida entre a função social e a solidariedade.

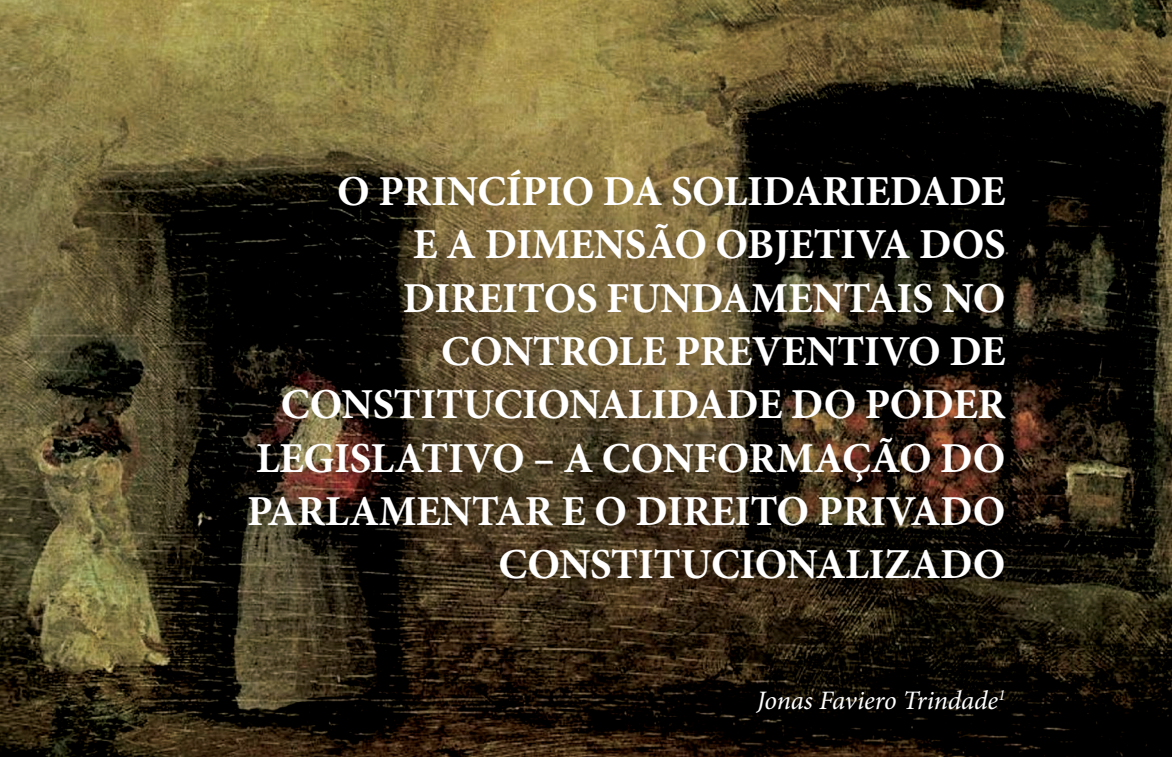
Nesse cenário, viu-se que o direito à propriedade privada foi um exemplo a se referir. Esse se fará legítimo sempre que atender à função social. Dessa forma, observou-se que não é um direito isolado e absoluto, tendo que se revestir de uma relação social que tem por função gerar desenvolvimento humano, econômico e social para a sociedade, materializando de forma alinhada os ideais de justiça social que a Constituição busca concretizar.

Chegou-se ao entendimento de que toda essa interpretação mostra um grande avanço ao direito, possibilitando a concretização da máxima aplicação dos direitos fundamentais e, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana. O que ensejou observar a materialização desses institutos não só em termos teóricos, mas também em termos práticos.

Reitera-se que o artigo teve como tema central a análise do princípio da solidariedade nas relações entre privados, referenciando o instituto da função social da propriedade. O problema que embasou a pesquisa foi perquirir a aplicação prática desses institutos, tendo em vista todo reflexo do constitucionalismo contemporâneo. Viu-se que, observando os reflexos práticos da aplicação do princípio da solidariedade e sua incidência sobre a função social da propriedade, perquiriu-se que realmente sua utilização está concretizando os fins que foram almejados, isso afirmado, quando da análise a partir do estudo de caso da jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Observou-se, a partir da pesquisa, que toda argumentação teórica em torno do assunto goza de materialização prática, tendo em vista a interpretação encontrada nessa análise jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. Modelos de Justiça Constitucional. In: _____. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 183-216.
- PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 7. REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. (org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- _____. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interpretadas: Breves Considerações**. In: **Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 5. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (org.) Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- _____. **A Concretização dos direitos fundamentais no Direito Privado**. In: **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 4. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos (org.) Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2004.
- REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO. Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PODER LEGISLATIVO – A CONFORMAÇÃO DO PARLAMENTAR E O DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO

Jonas Faviero Trindade¹

RESUMO

O artigo pretende abordar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio fundamental da solidariedade em face do processo legislativo, especialmente quando cria normas aptas a regular as relações privadas. O estudo objetiva responder o seguinte problema: qual o papel do princípio da solidariedade e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na função legiferante do Poder Legislativo, em especial quando cria normas de direito privado? A hipótese é que a solidariedade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais deveriam condicionar o legislador, pois em que pese a ampla conformação em sua atividade criadora de normas, encontra limitação nos fins constitucionais. Além do mais, não podem os parlamentares descurar do fenômeno da constitucionalização do direito privado. Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de verificar a confirmação hipótese. O método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas. Concluiu-se que os parlamentares deverão garantir no processo legislativo a ascendência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o respeito ao princípio fundamental da solidariedade. Ou seja, há um limite de conformação do legislador em face das categorias estudadas, relacionadas à dogmática constitucional contemporânea.

Palavras-chave: dimensão objetiva dos direitos fundamentais; direito privado; processo legislativo; solidariedade.

1 Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Especialista em Regimes Próprios de Previdência Social pelo Instituto Damásio de Jesus. Especializando em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC/MG. Auditor Público Externo junto ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Contato: jonas_1605@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio fundamental da solidariedade em face do processo legislativo, especialmente quando cria normas aptas a regular as relações privadas.

Evidentemente que as questões e argumentos que são aventados em um processo legislativo muitas vezes estão além do Direito, conforme será demonstrado na sequência, sem que isso signifique, em um Estado Democrático de Direito, a dispensa de um prévio exame de constitucionalidade, decorrência lógica da supremacia constitucional.

No atual estágio do Direito Constitucional brasileiro, estuda-se com veemência a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua influência no ordenamento jurídico e nas atividades e fins do Estado. Do mesmo modo, assumem relevo as pesquisas que se desenvolvem acerca da solidariedade, alocada no Título I - dos Princípios Fundamentais, no texto constitucional pátrio.

O problema que se pretende responder neste artigo é: qual o papel do princípio da solidariedade e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na função legiferante do Poder Legislativo, em especial quando cria normas de direito privado?

A hipótese é que a solidariedade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais deveriam condicionar o legislador, pois em que pese a ampla conformação em sua atividade criadora de normas, estão limitados pelos fins constitucionais. Além do mais, não podem os parlamentares descurar do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

Primeiramente, objetiva-se abordar, portanto, aspectos determinantes para a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como trazer elementos doutrinários para a delimitação da significação do princípio da solidariedade.

A seguir, a pesquisa visa abordar o controle preventivo de constitucionalidade que deve se desenvolver no âmbito do Poder Legislativo.

Assim sendo, em um terceiro momento, pretende-se, em face das compreensões teóricas aduzidas no presente estudo, compreender o papel da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do princípio da solidariedade no processo legislativo das normas de direito privado.

Em relação às diretrizes metodológicas, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de verificar a confirmação ou não da hipótese. O método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas.

1 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito constitucional passou a ter uma nova percepção a partir do segundo pós-guerra na Europa e da promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil. Assim sendo, assume relevo o Estado Democrático de Direito no Brasil, de forma que a Constituição Cidadã possibilitou o surgimento de um sentimento constitucional (BARROSO, 2011).

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais foram dotados de imensa força normativa sobre o ordenamento jurídico. As constituições passam a conter e representar os valores máximos de uma comunidade. Esses valores, enquanto não concretizados, são considerados vazios. O indivíduo, portanto, passa a ser interpretado no contexto da comunidade que ele vive. Os valores da comunidade fazem parte da constituição e, desta forma, considerados um importante elemento hermenêutico-constitucional (LEAL, 2007).

Durante muito tempo o Direito, salvo a experiência norte-americana, era essencialmente legicêntrico, de sorte que a Constituição não era referenciada no dia a dia dos tribunais. Esse quadro também se alterou na perspectiva do neoconstitucionalismo, pois, em que pese a existência de instrumentos de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, os direitos previstos na constituição careciam de efetividade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013).

Segundo Alexy (2011), as modernas constituições democráticas possuem uma categoria de normas que constituem o próprio Estado, além de outra categoria de normas que limitam e dirigem a atuação do Poder Público, nas quais devem ser consideradas, primeiramente, aquelas que dispõem acerca dos direitos fundamentais.

Existem duas construções de direitos fundamentais, fundamentalmente distintas: uma estreita a exata, e uma larga e ampla. A primeira pode ser denominada “construção de regras”, a segunda “construção de princípios”. Ambas essas construções em parte alguma estão realizadas puramente. Elas representam, contudo, tendências fundamentais diferentes e a questão qual delas é a melhor é uma questão central da interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional (ALEXY, 2011, p. 722).

Além do mais, a concretude dos valores constitucionais perpassa pela atuação criativa dos Tribunais Constitucionais. Dessa forma, o Tribunal Constitucional alemão vislumbrou os direitos fundamentais na perspectiva das dimensões subjetiva e objetiva. Portanto, um direito fundamental traz sempre seu caráter subjetivo, como, exemplificativamente, o direito à liberdade de expressão. Todavia, esse mesmo direito apresenta um caráter objetivo e irradiante sob o ordenamento jurídico, apresentando um caráter vincu-

lante. Deste entendimento deriva a ideia de que toda lei deve ser interpretada levando em conta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (LEAL, 2007).

É importante notar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite que os direitos fundamentais se irradiem para as relações privadas, reforçando, inclusive, a própria dimensão subjetiva (SARMENTO, 2004).

Destaca-se o famoso Caso Lüth, que tramitou na Corte Constitucional alemã, na qual se julgou o caso em que se objetivava boicotar a produção cinematográfica de um ex-colaborador nazista. Lüth, que havia conclamado o público a boicotar o filme foi condenado em segunda instância, com fundamento no Código Civil germânico, de forma que recorreu ao Tribunal Constitucional. Em apertada síntese, observa-se que a Corte Constitucional entendeu que “quando a aplicação de normas do Direito Civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve ter uma ponderação dos princípios fundamentais² colidentes”, de sorte que a ponderação realizada, no caso, privilegiou a liberdade de opinião, sendo Lüth ganhador da causa (ALEXY, 2011, p. 724).

Os direitos fundamentais, portanto, orientam e impulsionam a atuação dos Poderes constituídos, de forma que a dimensão objetiva em tela representa exatamente o reconhecimento, pela comunidade política, dos seus valores determinantes (SARMENTO, 2004).

O Caso Lüth serve de inspiração para que o Poder Judiciário, mesmo no Brasil, considere a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao resolver lides. Em que pese a possibilidade de aplicação direta da Constituição em diversas situações (quicá todas), sabe-se que o legislador infraconstitucional tende a regulamentar as mais diversas relações jurídicas, de forma que, para o escopo deste trabalho, objetiva-se identificar a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do princípio da solidariedade no exercício das atribuições legiferantes do Poder Legislativo.

Assim sendo, doravante, pretende-se abordar ainda o princípio da solidariedade e suas contribuições para a pesquisa em tela.

Pois é na Constituição Federal de 1988 que a expressão solidariedade assume status constitucional no Brasil, ao dispor, no rol de objetivos fundamentais da República, a necessidade de se “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Além do mais, os objetivos fundamentais da República demandam do Poder Público uma atuação efetiva, com vistas a concretizar a justiça distributiva e a igualdade material, afastando-se de concepções preconceituosas de qualquer espécie. O Estado

2 Alexy propõe uma diferenciação entre princípios – concebidos como mandados de otimização, com caráter *prima facie* – e regras – que seriam comandos definitivos. Os princípios poderiam ser sopesados, quando em conflito, e aplicados gradualmente, valendo-se da ponderação e proporcionalidade. Já regras em conflito se resolvem pela invalidação ou pela cláusula de exceção (ALEXY, 2008).

Democrático de Direito, com lastro na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na igualdade substancial evidenciam um dever de se criar condições que melhorem a qualidade de vida dos cidadãos (MORAES, 2006).

Merece destaque, desta forma, que a expressa menção à solidariedade pelo constituinte não pode ser concebida como uma locução retórica, exigindo-se que esse inovador princípio seja considerado no momento de criação da legislação ordinária, na implementação de políticas públicas, bem como na aplicação e interpretação do ordenamento jurídico (MORAES, 2006).

Reis e Konrad aduzem importantes considerações conceituais sobre a solidariedade:

O conceito de solidariedade é muito amplo. Entretanto, para facilitar o entendimento, pode-se dividi-lo sob alguns enfoques, quais sejam: valor moral, valor ético e valor jurídico. Sob o aspecto moral, a solidariedade é entendida como generosidade, bondade e compaixão, intimamente ligada à ideia de caridade proveniente do cristianismo. Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro, como dever se responsabilizar para com o outro sob uma perspectiva de alteridade. Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo respeito a todas as partes de um todo social. No presente artigo, foca-se a solidariedade como um valor.

O princípio da solidariedade orienta o direito num sentido propriamente de valor, revelando que o reconhecimento da dignidade humana é uma forma de preservação da vida e da liberdade com igualdade e que, preceitos como justiça, ética e valor da pessoa humana constituem a base fundamental para que o direito seja efetivamente um fator de transformação social. A solidariedade visa a um direito ético e justo, direcionado para o bem comum, assim, afirma-se como um novo paradigma cuja sociedade civil interage para a evolução da humanidade e o direito por sua vez capacita-se para regular as ações individuais em benefício de um social difuso (REIS; KONRAD, 2015, p. 79).

Outra importante observação é no sentido que há uma correlação entre democracia e solidariedade, ou melhor dizendo, uma relação de dependência recíproca, de sorte que o discurso solidarista está imbricado com a concepção de Estado Democrático de Direito³ (FARIAS, 1998).

3 Consoante leciona Leal: “[...] tem-se, na passagem para o Estado Democrático de Direito, um acréscimo do ideal participativo e democrático amplo, ao aspecto formal, que como o próprio nome indica, o faz por meio notadamente do Direito. Estado Liberal, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito nada mais são do que versões pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdos diferenciados, da forma Estado de Direito surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais

Para Cardoso, o princípio da solidariedade é definido como “o fecho da abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade e a igualdade”, destacando-se ainda sua força integrativa do corpo social em face do bem comum, ou seja, se traduz como um “fato social que dá razão à existência do ser humano no mundo” (CARDOSO, 2010).

Assim, realizadas as considerações preliminares e necessárias, neste breve estudo, para a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do princípio da solidariedade, serão abordados aspectos relacionados ao controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo.

2 O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PODER LEGISLATIVO E OS LIMITES DE CONFORMAÇÃO DO PARLAMENTAR

É frutífera a pesquisa acerca do papel interpretativo e criativo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, inclusive levando em conta a dogmática dos direitos fundamentais. Nada obstante as possibilidades de aplicação direta da Constituição Federal, o Poder Legislativo se mantém como um dos poderes constituídos e operantes no Estado brasileiro.

A Constituição Federal dispõe que as Casas Legislativas “terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, exemplificativamente, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, assim como o do Senado Federal, dispõem acerca das respectivas Comissões de Constituição e Justiça, conferindo-lhes atribuições próprias de um controle preventivo de constitucionalidade⁴.

burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro. Desde então, a necessária vinculação de todos os poderes estatais à lei constitui característica fundamental sobre qual se assentam as formas estatais subsequentes aqui abordadas” (LEAL, 2006, p. 291).

- 4 “Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; g) registros públicos; h) desapropriações; i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração; j) intervenção federal; l) uso dos símbolos nacionais; m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios; n) transferência temporária da sede do Governo; o) anistia; p) direitos

É possível um breve diálogo com a concepção de Habermas acerca das questões que são levadas à deliberação do discurso de fundamentação, próprio do Poder Legislativo. Dessa forma, serão argumentos éticos, morais e pragmáticos⁵ que eminentemente farão parte, segundo o jusfilósofo alemão, dos discursos próprios dos debates legislativos (HABERMAS, 2012).

Coura explica da seguinte forma:

O processo de criação de normas, que permite considerá-las válidas, leva em consideração diversos argumentos, entre os quais se encontram os morais, os éticos e os pragmáticos. Contudo, esse processo complexo articula-se por meio de uma racionalidade que requer que os direitos sejam concebidos, segundo Ronald Dworkin, como “trunfos” a serem usados no discurso jurídico de aplicação normativa, contra argumentos políticos ou outros (não jurídicos), como os exclusivamente éticos, morais ou pragmáticos. Nessa ótica, tais argumentos não podem, no momento da decisão judicial, ser inseridos, tomados ou elevados à condição de Direito (COURA, 2009, p. 167-168).

Sem embargo das considerações anteriores e não com a intenção de adentrar na crítica acerca da jurisprudência de valores, o objetivo das ponderações acima é tão somente demonstrar que o debate realizado no âmbito legislativo é rico em argumentos das mais variadas vertentes. Contudo, em face da supremacia constitucional, toda norma que aspira validade deve guardar sintonia com as escolhas do legislador constituinte.

Canotilho, de forma percuciente, traduz a importância de se evitar os desvios legislativos:

Todavia, no que respeita ao acto legislativo, considerava-se que ele era um acto livre no fim. A discricionariedade do legislador, ou como se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, dado que as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei era soberanamente estabelecidos pela própria lei.

e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas; q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral” (BRASIL, 1989) No Senado Federal, o seu Regimento Interno também prevê um extenso rol de atribuições para a sua Comissão de Constituição e Justiça, conforme seu artigo 101 (BRASIL, 1970).

5 Suscintamente, as questões pragmáticas dizem respeito aos meios para atingir os fins estabelecidos; as questões éticas relacionam-se, nessa perspectiva de Habermas, acerca das questões de uma determinada comunidade, ou seja, suas formas de vida intersubjetivamente compartilhadas; as questões morais são mais amplas, de forma que não estão circunscritas a uma determinada comunidade, refletem algo que perpassa o interesse particular de uma comunidade (ARAGÃO, 2002).

Contra uma concepção tão absoluta de lei como acto livre no fim, movem-se poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma (CANOTILHO, 2013, p. 1318).

A produção do Direito, portanto, deve buscar legitimação, que para Habermas não se encontra somente em um processo legislativo formal, de forma que a partir da sua concepção de democracia se impõe a necessidade da realização de debates crítico-rationais acerca das normas que vão regular a sociedade, em meio a um espaço discursivo-procedimental, com vistas a permitir uma integração social (DEL NEGRI, 2003).

Em estudo sobre a atuação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, referente ao exercício de 2014, foi observado que o exame de constitucionalidade envolve duas dimensões, ou seja, a constitucionalidade formal e material da proposta legislativa. O primeiro critério relaciona-se à legitimidade para propositura dos projetos de lei e à competência legislativa das normas. Já o segundo critério, a constitucionalidade material, guarda relação com a adequação da proposta em face dos direitos e garantias fundamentais, com os fundamentos e objetivos da República, bem como os princípios constitucionais (HENRIQUES; PONZILACQUA, 2017).

Dessa forma, o controle preventivo interno de constitucionalidade que se desenvolve no âmbito do próprio Poder Legislativo pode impedir que um ato legislativo eivado de vícios de inconstitucionalidade faça parte do ordenamento jurídico⁶. É a própria deliberação e os argumentos que formarão os discursos dos parlamentares que serão responsáveis por concretizar esse controle, de forma que as razões e o procedimento previsto em cada Regimento Interno⁷ pode possibilitar uma efetiva racionalidade das decisões legislativas no que toca à constitucionalidade das leis.

6 Sem descurar do papel conferido ao Presidente da República pelo texto constitucional: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (BRASIL, 1988).

7 Exemplificativamente, destaca-se a previsão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 163. Consideram-se prejudicados: [...]II - a discussão ou a votação de qualquer projeto semelhante a outro considerado inconstitucional de acordo com o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania” (BRASIL, 1989).

O escopo desta pesquisa não é o procedimento, mas sim os argumentos⁸ relacionados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e ao princípio da solidariedade, no que tange ao processo legislativo que cria normas afetas ao direito privado.

Portanto, no tópico seguinte serão abordadas considerações referentes ao processo de criação de normas de direito privado em face dos institutos anteriormente destacados.

3 A TRANSFORMAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PRIVADO A PARTIR DO MARCO PARADIGMÁTICO DA SOLIDARIEDADE E DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Impossível desenvolver o assunto, doravante, sem tecer algumas reflexões sobre a força normativa da constituição e do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

O jurista alemão Konrad Hesse, em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, compreende que ordenação jurídica e realidade devem ser “consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco” (HESSE, 1991, p. 13). A separação, no plano constitucional, entre o ser e o dever ser, entre realidade e norma, levaria a extremos, nos quais se verificaria “uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 14). Portanto, “a Constituição é simultaneamente determinada e determinante para a realidade social” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 8).

Dessa forma, os dispositivos constitucionais, adotando-se a tese proposta por Hesse, são caracterizados como normas jurídicas aptas a produzir efeitos jurídicos (HESSE, 1991). Ou seja, o processo legislativo não pode, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, descurar da força normativa da constituição ao legislar sobre matérias, ainda que tenham por finalidade regulamentar situações próprias do direito privado.

Isso, pois era no paradigma do Estado Liberal que a Constituição não detinha força normativa no campo das relações privadas, que se abasteciam normativamente do que fosse positivado pelo Código Civil. O atual estágio constitucional brasileiro, firmado

8 Registra-se que para Toulmin, em profundo estudo acerca da estrutura dos argumentos, identifica que o processo de estabelecer conclusões a partir de argumentos exige que, quando um proponente desafie a alegação de outrem, apresente os fatos que embasaram suas asserções. Os fatos são chamados de dados (D) e correlacionam-se com as conclusões (C). Esses dados são o ponto de partida, impondo, a seguir, que se apresentem “regras, princípios, licenças de inferência ou o que for necessário, desde que não sejam novos itens de informação”, ou seja, serão necessárias “afirmações gerais hipotéticas”, sendo essas proposições chamadas de garantias (W). Toulmin aponta que a distinção entre dados e garantia é semelhante à diferença entre questões de fato e de direito, utilizada pelos tribunais. Cabe destacar ainda que a própria garantia necessita de avais, para que seja aceita, indicando a existência do apoio das garantias (B), visto que o oponente de quem está argumentando pode ter dúvidas se a garantia é aceitável (TOULMIN, 2001).

Constituição Federal de 1988, alicerçado em valores humanitários e com um extenso catálogo de direitos fundamentais, projeta a força normativa do texto constitucional para toda a ordem jurídica (SARMENTO, 2004).

Todo o ordenamento afeto ao direito civil deve, nessa concepção constitucionalista, deve ser interpretado conforme a norma constitucional. A partir da constitucionalização do direito privado, ou seja, da migração de valores constitucionais para o campo civil, observa-se uma descodificação ou edição de leis especiais, servindo de exemplos a edição do Código de Defesa do Consumidor ou do Estatuto da Criança e Adolescente (FACCHINI NETO, 2010).

O parlamentar, diante das razões até aqui sustentadas, não poderá desconsiderar essas questões ao propor projetos de lei ou participar dos debates legislativos. Evidentemente que há um espaço de conformação, livre para exposição e defesa de questões éticas, morais e pragmáticas, conforme foi assentado anteriormente. Todavia, ainda quando a norma a ser editada vise regulamentar situações privadas, não poderá se afastar da norma constitucional. Ou seja, não será possível que o Parlamento se exonere, ao realizar os discursos de fundamentação legislativa, do dever de concretizar um exame prévio de constitucionalidade, destacando-se, nesse momento, a observância dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais⁹.

Portanto, dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade assumem importância nevrálgica no processo legislativo, evitando, com isso, inclusive, a atuação do controle de constitucionalidade repressivo do Poder Judiciário. Se o direito privado deve ser interpretado em face da dimensão objetiva e do princípio da solidariedade, evidentemente que a própria criação do direito deve observar esses institutos da teoria constitucional.

Ou seja, em tal perspectiva:

[...] a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. [...] Propriedade, posse, contrato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizarem-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição. [...]. Por um lado, a Constituição representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes (SARMENTO, 2004, p. 99-100).

9 Ainda que o exame de constitucionalidade não se resume a tais facetas, a exemplo das inconstitucionalidades formais, como os vícios de iniciativa, de forma que o destaque se aos direitos fundamentais e os princípios fundamentais ocorre em face do escopo deste artigo.

O sentido que o legislador pretendeu ao dispor sobre a solidariedade no texto constitucional é jurídico, conferindo não apenas o Estado, mas também indivíduos em suas relações privadas, como destinatários do princípio fundamental (REIS, 2007). Há um vínculo recíproco em um determinado grupo que se forma a partir da solidariedade, no qual há independência de cada indivíduo e ao mesmo tempo há a persecução de um fim comum, de forma que “entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruísmo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo” (MARQUES, 2010, p. 176).

Partindo desses pressupostos, os parlamentares estão incumbidos de trazer para o debate legislativo argumentos e contra-argumentos afetos à solidariedade, sob pena de quedar em inconstitucionalidade a decisão legislativa, ou quiçá como forma de prevenir litígios, após a vigência de determinada lei.

Consequentemente, não podem os parlamentares deixar de trazer para suas deliberações a observância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, visto que tais direitos “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”, pois essa dimensão axiológica se infere que os direitos fundamentais, ainda que de defesa, “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade” (SARLET, p. 125-126).

Do exposto neste breve estudo, é possível traçar algumas conclusões que serão desenvolvidas a seguir.

4 CONCLUSÕES

O Poder Legislativo, no exercício de sua função típica legislativa¹⁰, conforme abordado, não está imune da evolução dogmática das categorias próprias do estudo do constitucionalismo. Nesta seara, os parlamentares deverão garantir, no processo legislativo, a ascendência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o respeito ao princípio fundamental da solidariedade.

O fato de um determinado projeto de lei estar atrelado ao campo do Direito Civil não o torna imune à irradiação dos direitos fundamentais e impõe que o detentor do mandato parlamentar conforme seus desígnios aos fins constitucionais. Essa é uma consequência do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Privado.

10 Ainda que seja possível analisar a influência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do princípio da solidariedade no exercício da outra função precípua do Poder Legislativo, ou seja, seu poder-dever de fiscalizar, em face da titularidade constitucional do controle externo, não foi este o objetivo do presente artigo.

E a solidariedade, admitida no plano jurídico-constitucional pelo constituinte brasileiro, assume grau de importância impar como meio apto a concretizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o que deve ser considerado inclusive nas relações interprivadas.

A leitura e interpretação que se fará do direito criado será realizada a partir da norma constitucional, contudo, se esse esforço hermenêutico for observado já no procedimento legislativo, por meio de um controle preventivo de constitucionalidade, será possível evitar conflitos a partir da observância de princípios e direitos fundamentais, harmonizando o campo civilista com a dogmática constitucional.

Em uma democracia que se desenvolve na maior parte do tempo pela forma representativa, como é o caso no Brasil, exige-se uma imbricação da pluralidade de cosmovisões com a solidariedade e seus efeitos integradores, os quais visam o bem comum.

Dessa forma, compreende-se que a hipótese se confirmou, pois nada obstante a existência de um espectro de conformação do legislador, este campo de deliberações, a partir de uma prática argumentativa que leve em consideração os institutos desenvolvidos nesta pesquisa, com ênfase na dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio fundamental da solidariedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional. Volume 1. Edição especial de 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 721-732.

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Lucia. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional. Volume 1. Edição especial de 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2020-2016.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Senado Federal. **Resolução nº 93, de 1970**. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

CADEMARTORI, L.H.U.; DUARTE, F.C. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

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

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (In) constitucional**. Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Malheiros, 2009.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-74

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HENRIQUES, H. R.; PONZILACQUA, M. H. P. Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal a. 54, n. 213, jan.-mar. 2017. p. 39-62.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 288-291.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática**. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175-204.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.) **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J.R. dos R.; LEAL, R.G. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

REIS, J.R. dos; KONRAD, L.R. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Eletrônica, v. 20, n. 1, jan.abr. 2015.


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

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito constitucional**: Teoria história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS — DESAFIOS PARA A ATUAL E PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

João Pedro Arruda¹

RESUMO

O princípio da solidariedade pode ser entendido como uma ferramenta garantidora da dignidade da pessoa humana na medida em que é um meio para atingir todos os outros direitos consagrados na Constituição Federal. Por outro lado, após quase trinta anos da promulgação da CF, o modelo de Estado por ela estabelecido não tem entregado de forma efetiva aquilo que se propõe, tampouco tem dado sinais de melhoria para os próximos anos. O atual contexto nos leva a questionar quais os desafios que a atual e as futuras gerações enfrentarão na tentativa de efetivar os direitos sociais e promover uma maior solidariedade entre os indivíduos.

Palavras-chave: constituição – princípio da solidariedade – crise do estado social – dignidade da pessoa humana – liberalismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar os desafios que a atual e as futuras gerações deverão enfrentar na tentativa de consolidar um ambiente solidário que auxilie na efetivação das garantias constitucionais.

O estudo parte abordando a atual crise do Estado Social brasileiro e os obstáculos existentes, passando pela promulgação da CF/88, o cenário da época e o cenário atual, bem como as perspectivas quanto ao futuro.

1 Aluno especial do programa de pós-graduação em Direito (Mestrado). Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Universidade de Santa Cruz do Sul, RS.

Assim, em um primeiro momento, foram feitas considerações quanto às limitações orçamentárias do Estado, elemento determinante na promoção de políticas públicas que visem atender às previsões constitucionais.

Em seguida, se buscou demonstrar que há outros desafios de ordem cultural, política e demográfica que tendem a dificultar a disseminação de um comportamento solidário e a concretização dos direitos sociais.

Por fim, foram analisadas possíveis alternativas para solucionar ou ao menos atenuar as dificuldades apresentadas.

2 A CRISE DO ESTADO – DA CF/88 ATÉ OS DIAS ATUAIS

A Carta Política de 1988 contemplou de maneira significativa a ampliação dos direitos dos cidadãos diante do Estado e consagrou o princípio da solidariedade como ferramenta na promoção da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, passados quase trinta anos desde a promulgação da CF/88, o déficit social é visível e as perspectivas para o futuro não são animadoras.

Não raramente as dificuldades encontradas são atribuídas à ausência de um verdadeiro Estado Social ou ao neoliberalismo supostamente vigente no país. Efetivamente, o Brasil nunca viveu um Estado Social autêntico. Por outro lado, a ideia de que teríamos nos rendidos ao modelo liberal é falaciosa e baseada mais em fetichismo ideológico do que em uma análise adequada dos dados. Um país que ostenta o 140^o lugar no ranking da liberdade econômica² e que apresenta um orçamento público³ equivalente a mais da metade do PIB⁴, com absoluta certeza não pode ser classificado como um Estado mínimo ou liberal.

Nessa senda, o verdadeiro desafio enfrentado é a questão orçamentária. Desde a promulgação da CF/88 até os dias de hoje, a relação entre gasto público e PIB praticamente dobrou, mas a capacidade de investimento direto do governo caiu. De igual modo, o aumento do orçamento público não se refletiu em políticas sociais mais eficientes, ao menos não na proporção esperada.

Essa questão foi abordada de forma precisa pela Dra. Pollyana Jucá Santana⁵, em artigo publicado na Revista Brasileira de Economia:

2 Dados de 2017, conforme levantamento da Heritage Foundation. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>>.

3 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/congresso-aprova-orcamento-de-r-3-5-trilhoes-para-2017-1>>.

4 Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/9439-pib-re-cua-3-6-em-2016-e-fecha-ano-em-r-6-3-trilhoes.html>>.

5 Rev. Bras. Econ. vol.66 no.2 Rio de Janeiro abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-71402012000200006>>.

De 1930 até o final da década de 70 a grande preocupação do governo foi promover o desenvolvimento do país, interferindo fortemente na atividade econômica e utilizando todas as políticas públicas (monetária, fiscal, creditícia, entre outras) para tal fim. A preocupação era obter os recursos necessários para investir e gerenciar o endividamento, o consumo final das administrações públicas tinha papel secundário nas discussões do setor público. A partir de 1988 esse gasto se eleva consideravelmente e de forma permanente por causa da nova constituição promulgada no final daquele ano, que majorou as despesas públicas e as enrijeceu, aumentando a parcela de receita que o governo central deveria repassar aos estados e municípios sem o repasse de obrigações, o que exigia um aumento dos recursos para seu financiamento.

O consumo do governo salta de 13,45% do PIB em 1988 para 19,29% em 1990 se mantendo constante em aproximadamente 20% do PIB desde então. Em relação à rigidez destacamos a estabilidade do funcionalismo público, favorável à eficiência, mas que mantém fixos os gastos correntes com salários, e as despesas vinculadas que são relativamente fixas. O último grande aumento foi em 1995, primeiro ano do plano Real, que promoveu amplas reformas econômicas e administrativas. Esse aumento pode ser justificado pela defasagem dos preços e salários, que foram diversas vezes congelados e não acompanharam a escalada da inflação na década de 1980 e início dos 90. Apesar de controlar melhor os gastos, tendo superávits primários desde 1997, o crescimento médio do produto no período 1995-2005 foi de 2,58%, enquanto a despesa pública foi de 3,82%.

Apesar de alguns economistas defenderem a tese de que esse aumento do consumo do governo foi exigido pela sociedade, que seria para suprir uma demanda reprimida por gastos públicos, principalmente sociais, ressaltamos que esse nível de dispêndio é muito diferente de países semelhantes ao Brasil e próximo ao gasto de nações desenvolvidas, que oferecem serviços públicos de excelente qualidade para sua população. Caso o gasto corrente não continue com crescimento maior que o produto, em alguns anos a relação gasto/PIB se reduziria, mas não é o que observamos nos últimos 15 anos.

Não obstante a gravidade da situação, tanto social quanto fiscal, impossível deixar de registrar que somente a União, entre 2015 e 2017, deve arcar com um déficit total de R\$ 428 bilhões⁶.

Mesmo que as atuais reformas propostas pelo governo passem, a União deverá continuar apresentando déficits em suas contas até 2020, quando a dívida pública federal deverá passar dos atuais 73% para 90% do PIB, limitando ainda mais a capacidade de investimento⁷.

6 Considerando os déficits de 2015, 2016 e o déficit previsto para 2017. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/resultado-do-tesouro-nacional>.

7 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/fmi-mantem-projecao-de-que-brasil-so-atingira-superavit-primario-em-2020.html>>.

Isso se deve, entre outras coisas, ao fato de que, em razão dos gastos obrigatórios do orçamento, muitos deles previstos na CF/88, as despesas contingenciáveis representam menos de 10% do total⁸, não havendo margem para cortes significativos no curto e médio prazo por parte do Executivo.

Igualmente, se a situação no governo central é calamitosa, pior ainda é a situação nos estados, especialmente no Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, onde as finanças públicas praticamente colapsaram.

Diante deste cenário, desnecessário dizer que, se em 1988 os desafios já eram enormes, a situação atual exige ainda mais esforço e talento dos responsáveis pela promoção da solidariedade e dos direitos sociais, haja vista que não há mais espaço para aumento de tributos, tampouco para aumento de gastos públicos.

Ainda que se argumente que seria possível implementar novos tributos, como sobre grandes fortunas e outros de natureza semelhante, a verdade é que se trata de uma solução simplista e totalmente equivocada. O Estado não precisa de mais dinheiro, precisa de uma melhor gestão e de prioridades. Da mesma forma que ocorreu com a CPMF, a qual gerou uma arrecadação de mais de R\$ 284 bilhões em longo de uma década (em valores da época), o dinheiro que deveria ser destinado para atender às necessidades do setor de saúde acabou encontrando outras “prioridades”. Com absoluta certeza, o surgimento de outro tributo teria o mesmo destino.

Em complemento, importante lembrar que, em 1988, quando a tributação sobre grandes fortunas foi prevista na CF, o mundo não era tão globalizado, a internet não havia se popularizado e o Brasil era uma economia ainda mais fechada. Atualmente, qualquer contribuinte de alta renda teria condições de evitar esse tipo de tributação, sem contar as implicações nos investimentos caso eventual alíquota incidisse sobre o patrimônio de pessoas jurídicas.

Ademais, experiências semelhantes em outros países revelam que esse tipo de medida tende a gerar uma série de efeitos indesejados⁹:

Um terceiro problema com um aumento de impostos sobre as rendas mais altas, sobre as fortunas e sobre os lucros é que algumas pessoas irão simplesmente deixar de pagar esses impostos.

Gerard Depardieu abandonou a França para não ser obrigado a pagar a nova alíquota de 75% instituída pelo governo socialista. E, dois anos após anunciar a nova alíquota, o governo francês se viu obrigado a revogá-la, pois o aumento da arrecadação foi ínfimo (a alíquota afetava apenas mil pessoas e proporcionava

8 Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/2017/despesas-contingenciaveis_seae_corrigida-13h49.pdf>.

9 Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2073>>.

somente 250 milhões de euros a mais de arrecadação. Para se ter uma ideia, 250 milhões de euros não representam nem 0,4% do déficit fiscal do governo espanhol de 2013, e não chegam nem a 0,05% de todo o gasto público da Espanha, que é um país mais pobre).

O que ocorreu com Gerard Depardieu não foi o primeiro e nem será o último caso de um autoimposto exílio tributário. Nas décadas de 1960 e 1970, o parlamento britânico elevou os impostos incidentes sobre os britânicos mais ricos. A alíquota máxima sobre o imposto de renda foi elevada para 83%. O governo britânico também elevou os impostos sobre ganhos de capital em 15%. Qual foi o resultado?

Ringo Starr e Roger Moore se mudaram para Mônaco. David Bowie se mudou para a Suíça. Os Rolling Stones começaram a perambular pelo mundo em busca de paraísos fiscais. Phil Collins, Michael Caine, Pink Floyd, Led Zeppelin, Freddy Mercury, Sting, Frederick Forsyth e Sean Connery deixaram o Reino Unido, pelo menos temporariamente, como exilados fiscais.

Apenas o principado de Mônaco abriga milhares de exilados fiscais britânicos. Nos EUA, vários americanos começaram a renunciar à cidadania americana para evitar impostos.

Trata-se de uma constatação empírica o fato de que as pessoas com os maiores potenciais de ganhos — ou seja, as mais produtivas e que geram mais valor — são também as mais propensas a se mudarem.

Na mesma linha, Thomas Sowell¹⁰ explica que:

No mundo real, só é possível confiscar a riqueza que já existe em um dado momento. Não é possível confiscar a riqueza futura; e é menos provável que essa riqueza futura seja produzida quando as pessoas se derem conta de que ela também será confiscada.

Na indústria, no comércio e nos serviços, as pessoas também não são objetos inertes. Os industriais, por exemplo, e ao contrário dos agricultores, não estão amarrados ao solo de nenhum país. Os financistas são ainda menos amarrados à sua terra, especialmente hoje, quando vastas somas de dinheiro podem ser enviadas eletronicamente, a um simples toque no computador, a qualquer parte do mundo.

Aqueles que sabem que serão o alvo preferencial dos futuros confiscos podem imaginar o que está por vir e, conseqüentemente, agir de acordo — normalmente, enviando seu dinheiro para o exterior ou simplesmente saindo do país.

10 Thomas Sowell on the Economics of Redistribution: Quicksand at One End and Beatings at the other End. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1972>>.

(...)

Entre os ativos mais valiosos de qualquer país estão o conhecimento, as habilidades práticas e a experiência produtiva — aquilo que os economistas chamam de “capital humano”.

Quando pessoas bem-sucedidas e com um grande capital humano deixam o país — seja voluntariamente, seja por causa de governos hostis ou por causa de multidões bárbaras que foram intelectualmente excitadas por demagogos que exploram a inveja —, haverá um estrago duradouro na economia desse país.

As políticas confiscatórias de Fidel Castro fizeram com que vários cubanos bem-sucedidos fugissem para a Flórida, vários deles deixando grande parte da sua riqueza física para trás. Mesmo refugiados e completamente destituídos, eles cresceram e voltaram a prosperar na Flórida, tornando-se uma das comunidades mais ricas daquele estado. Já a riqueza que eles deixaram para trás em Cuba não impediu que as pessoas de lá se tornassem indigentes no governo de Fidel. A riqueza duradoura que os refugiados levaram consigo era o seu capital humano. A riqueza material que ficou para trás foi consumida e não foi replicada.

Cogitar solucionar a questão por meio de outros tributos, como sobre consumo ou produção, também é uma ideia fadada ao fracasso. Como explica a teoria da Curva de Laffer¹¹, há um ponto em que a arrecadação atinge o seu ápice, de modo que elevar tributos após determinado limite faz com que os contribuintes passem a sonegar ou deixem de produzir, reduzindo a arrecadação ao invés de aumentá-la.

Assim, com relação ao desafio da atual e das futuras gerações quanto ao orçamento, a questão se resume ao fato da situação fiscal ser hoje mais grave do que era em 1988, haja vista que não há margem para cortes no curto prazo, bem como não há margem para criação de novos tributos ou aumento de alíquota daqueles já existentes.

3 DESAFIOS DE ORDEM CULTURAL

Como referido, a falta de recursos, o elevado endividamento, a inviabilidade de se aumentar tributos e impossibilidade de se cortar gastos de forma consistente no curto prazo, são os principais obstáculos de ordem orçamentária.

Todavia, há outros desafios de natureza diversa e que também demandam atenção.

Um desafio que deverá ser enfrentado é a questão cultural. Inegavelmente, a população brasileira apresenta uma cultura paternalista, na qual o Estado deveria ser res-

11 Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/a-equacao-economica-mais-conhecida-no-mundo-ainda-nao-chegou-ao-brasil/>>.

ponsável por tudo e por todos, tanto que a CF/88 tratou de prever uma série de direitos sem qualquer contrapartida por parte dos cidadãos.

Isso é um problema por duas razões. A primeira é que nosso Estado é incapaz de atender às necessidades mínimas, mesmo quando ostenta um orçamento que representa mais da metade da riqueza nacional produzida no ano. A segunda razão é que essa ideia acaba diluindo a responsabilidade que as pessoas deveriam ter consigo mesmas e com o próximo.

Prova de que um Estado paternalista incentiva o desengajamento dos indivíduos quanto aos seus deveres é que, por mais paradoxal que seja, países com maior liberdade econômica tendem a ser mais solidários¹²:

Em uma sociedade livre, o grau de responsabilidade individual tem de ser elevado. E é assim pela simples razão de que o corolário da liberdade é a responsabilidade. (Quando existe liberdade sem responsabilidade, há apenas uma licenciosidade).

Consequentemente, em uma sociedade livre, as pessoas têm de ter elas próprias a responsabilidade de se precaverem e de se salvaguardarem. São elas que têm de assumir sozinhas as consequências de suas decisões. Essa noção de que elas têm de se cuidar para o futuro — tão estranha a nós de ascendência latina — as impulsiona a serem mais precavidas desde cedo. Incentiva, por exemplo, as pessoas a pouparem mais, a fazerem seguros de vida, a fazerem planos financeiros para suas aposentadorias etc.

Isso, por si só, já estimula um comportamento mais soberbo e austero, estimulando atitudes que visam a um horizonte temporal de longo prazo e desestimulando atitudes que visam apenas ao curto prazo.

Adicionalmente, como praticamente todos os indivíduos têm, arraigados em si, um altruísmo natural, e dado que a pressão social tende também a rechaçar os egoístas primários, em uma sociedade liberal as pessoas sentem uma maior necessidade de ajudar ao próximo. Não é uma pressão exatamente coerciva, mas sim aquela obrigação moral de ajudar quem necessita.

E é assim porque, em primeiro lugar, elas sentem que, se não fizerem nada para ajudar os destituídos, estes serão abandonados à própria sorte, o que choca com o seu altruísmo natural.

Em uma sociedade economicamente menos livre, o estado já se arvorou à função de ajudar os necessitados. As pessoas simplesmente pensam: “eu já pago meus impostos e o estado já tem seus programas sociais. Logo, estou moralmente desobrigado de ajudar os outros”.

Em segundo lugar, dado que muitas destas pessoas altruístas já terão passado por situações difíceis — e, na ocasião, foram socorridas pelo voluntarismo de

12 Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2201>>.

terceiros —, elas se sentem devedoras e agirão igualmente assim para com os outros desvalidos.

Em terceiro lugar, como os próprios desvalidos sabem que estão sendo ajudados por terceiros, sem que estes não tenham nenhuma obrigação legal de fazê-lo, isso implica que, se os auxiliados abusarem da bondade dos outros, um dia poderão já não mais se beneficiar dela. Uma coisa é ter ajudas pontuais para se reerguer. Outra coisa é ficar completamente encostado sem se esforçar. Consequentemente, essas mesmas pessoas sob assistência tenderão a fazer de tudo para sair da situação difícil em que atualmente se encontram.

Por outro lado, se o governo se arroga o papel de cobrar impostos para cuidar de todos para sempre, haverá o estímulo à indolência e à improdutividade.

Por último, e por tudo descrito acima, os próprios caridosos sabem também que os auxiliados têm o interesse de se apurmar o mais rapidamente possível, pois não será possível viver pendurado para sempre na caridade de terceiros. Logo, os caridosos sabem que os auxiliados não irão abusar, caso contrário perderão todos os auxílios. Consequentemente, os caridosos estarão dispostos a ajudar mais, exatamente porque sabem que, em caso de abuso, sempre poderão se retirar.

Outra característica cultural que tende a impedir um comportamento solidário de forma ampla e contínua é que os indivíduos tendem a achar que seus privilégios são direitos e que só cabe aos outros fazer eventuais sacrifícios.

Um bom exemplo disso foi a recente polêmica entre taxistas e motoristas do Uber. Havia uma infinidade de taxistas que se queixavam que não podiam pegar passageiros no aeroporto, mesmo quando os táxis que atuavam no local eram claramente insuficientes. Por outro lado, o mesmo taxista que questionava a reserva de mercado no aeroporto, julgava a atuação dos motoristas do Uber como ilegítima, buscando assim manter aquele monopólio que lhe era conveniente.

Outro exemplo recente e que ilustra bem os desafios na transformação de uma sociedade individualista para uma sociedade solidária é reforma previdenciária. Não cabe no momento discutir as distorções que têm sido divulgadas, afirmando que inexistente déficit, ao mesmo tempo em que se exclui do levantamento as despesas com servidores públicos, se contabiliza toda a arrecadação da Seguridade Social e se ignora as despesas totais desta (que vão além das aposentadorias), entre outras coisas.

A questão é singela. O Brasil é um país jovem e gasta mais do que países velhos. Atualmente, há 10 trabalhadores ativos para cada aposentado; em 2060, essa proporção será de praticamente um para um¹³. A matemática simplesmente não fecha. Ainda que o

13 Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/em-2060-100-trabalhadores-sustentarao-87-aposentados/>>.

governo recuperasse todos os débitos atrasados, ainda que os trabalhadores informais passassem a contribuir, ainda que a sonegação fosse extinta, ainda que se excluíssem gastos com funcionários públicos, mesmo assim a conta não fecharia. Absolutamente nada pode reverter a questão demográfica. O governo pode alterar as leis que cria, mas não as leis da matemática.

Mesmo diante desse quadro alarmante, não faltam pessoas com argumentos desonestos, buscando distorcer dados, sem perceber que estão prejudicando as futuras gerações, inclusive as que ainda estão para nascer, e quem sabe a si próprios, já que os reflexos na falência do atual modelo se agravam a cada ano e atingem direta ou indiretamente todos os contribuintes.

O atual modelo de previdência é baseado, entre outras coisas, na solidariedade entre gerações. Funcionou durante anos quando havia uma taxa de natalidade elevada e uma taxa de mortalidade elevada, mas hoje o cenário é diverso. Em face disso, deveria haver ainda mais solidariedade entre gerações, acompanhada devidamente de responsabilidade da atual geração. Porém, não é isso que se tem visto. Seja por desconhecimento ou pelos benefícios difusos de eventual ajuste não serem imediatos e tão visíveis em um primeiro momento, enquanto os custos são percebidos mais claramente, a verdade é que, o que se nota, é uma postura quase canibalesca.

Em suma, tanto o aumento do déficit fiscal, quanto a demora em adotar medidas dolorosas, mas necessárias para equilibrar as contas públicas, especialmente a previdência, revelam a ideia de que a solidariedade na promoção dos direitos sociais esbarra em fatores culturais, bem como em uma análise rasa das finanças públicas.

4 ALTERNATIVAS PARA CONTORNAR OS DESAFIOS ATUAIS E FUTUROS

Não há solução fácil para a situação atual. Como a história nos ensina, os governos tendem a retardar ao máximo as medidas necessárias, mas dolorosas, optando sempre por sacrificar as finanças públicas e preservar o capital político. Mudanças tendem a ocorrer não por convicção ou por responsabilidade gerencial, mas por necessidade e ausência de alternativas.

Prova disso é que vemos hoje no Rio Grande do Sul. Ao longo de meio século, somente em sete anos o governo estadual não acumulou déficits e em boa parte deles só não ficou no vermelho em razão de receita extraordinária decorrente de privatizações. Mesmo com precatórios atrasados há mais de duas décadas, o governo estadual continuou elevando despesas em descompasso com as receitas. E somente na situação deplorável que se observa atualmente, com salários parcelados e com mais funcionários aposentados do que na ativa é que se buscou encontrar uma solução que equilibre as contas públicas e

evite o colapso do governo estadual, e mesmo assim não faltam pessoas que defendam a continuidade do gasto público irresponsável e a manutenção de privilégios.

A situação que se observa no RS é um reflexo do que ocorre no resto do país. O primeiro passo para tentar contornar as restrições orçamentárias é reconhecer a gravidade da situação. No mundo capitalista, tudo depende do capital e a efetivação dos direitos sociais mais básicos não foge à regra. É preciso ser pragmático e entender que a economia de hoje representa o investimento de amanhã.

A dívida da União e demais entes federados não é apenas alta, mas é também cara. Países desenvolvidos se financiam com taxas de juros muitas vezes negativas, mas a realidade do Brasil é completamente diferente. Por isso, quando o governo deixa de economizar hoje para abater dívida, a tendência é que nos exercícios futuros o seu orçamento fique ainda mais comprometido com juros e amortizações. Logo, superávit não é para “pagar juros ao banqueiro”, como vulgarmente muitos dizem, ao revés, é justamente para não ter que continuar pagando juros aos banqueiros, fundos de pensão, seguradoras, pessoas físicas e tantos outros credores. Prova disso é que, no primeiro governo Lula, o superávit mais baixo foi de 3,2% do PIB. A estratégia tão criticada por seu partido nos tempos do governo anterior acabou sendo adotada com sucesso em sua gestão e correu significativamente para a melhoria nas contas públicas¹⁴.

Em suma, a ideia é poupar hoje para investir amanhã. As contas públicas atuais não permitem outra saída. Não é uma questão ideológica, é apenas matemática. Não se trata de defender um Estado Social ou Estado mínimo, mas de defender a própria manutenção do Estado, haja vista que hoje o que temos é um Estado ausente e caro.

Quanto às questões de ordem cultural, o caminho é semelhante. Da mesma forma que é difícil economizar hoje para investir no futuro, já que o custo presente é visível e facilmente perceptível, ao contrário do benefício futuro que está distante e é muitas vezes é difuso e intangível, é difícil para muitas pessoas entender que abrir mão de um direito ou privilégio é a única forma de manter, ainda que parcialmente, este direito ou privilégio, seja hoje ou futuramente para a atual ou para as próximas gerações.

Em recente visita ao Brasil, Niall Ferguson, professor de história na Universidade de Harvard, foi categórico ao tratar deste tema, dando como exemplo os Estados Unidos, mas que se aplica perfeitamente ao Brasil¹⁵:

O sistema americano é baseado na ideia de separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, no qual um fiscaliza o outro. Mas isso não impediu que o governo americano adotasse uma política fiscal desastrosa. Ao permitir o aumento da

14 Disponível em: <<http://mercadopopular.org/2014/10/se-o-tripe-e-neoliberal-lula-e-o-campeao-de-neoliberalismo-brasil/>>.

15 Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-ocidente-no-diva/>>.

dívida para tentar melhorar a situação econômica atual, estamos tirando recursos das gerações futuras.

As crianças que estão nascendo hoje pagarão mais impostos lá na frente para tapar esse buraco e, provavelmente, terão menos benefícios. O contrato entre as gerações, um dos pilares da democracia, está sendo rasgado.

É urgente que se entenda que a visão de Estado e de direitos que temos é distorcida e incompatível com o nosso orçamento. Frédéric Bastiat dizia que: “o estado é a grande ficção da qual todo mundo se esforça para viver às custas de todo mundo”. Ocorre que essa filosofia cobra um preço e a conta chegou, demandando sacrifícios de todas as partes, para que, no médio e longo prazo, as contas públicas possam se equilibrar e o Estado recupere sua capacidade de investimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi demonstrado, a partir da Constituição Federal de 1988, se estabeleceu uma série de direitos e garantias, inegavelmente importantes, mas que oneraram o setor público, o qual tem se mostrado incapaz de atender minimamente as previsões constitucionais, quanto mais de forma ampla e irrestrita.

Paralelamente ao aumento de obrigações de ordem social, o controle inflacionário, apesar de ser um avanço importante para a economia, representou o fim de uma forma de financiamento indireta do setor público, ocasionando um aumento da tributação.

Esse cenário, aliado ao fator cultural que enxerga no Estado um ente com obrigações ilimitadas, resultou na constante eleição de políticos com discurso alinhado aos interesses da população, mas sem qualquer comprometimento com a estabilidade das contas públicas.

Como resultado, tem-se hoje uma carga tributária indecente e ainda assim insuficiente para cobrir os gastos públicos, gerando déficits de doze dígitos, resultando em uma dívida elevada e cara, afetando ainda mais a capacidade de investimento.

Na medida em que essa receita foi sendo repetida e a solução adiada, o sistema entrou em colapso, chegando ao ponto em que o Estado não é capaz de arcar mais com suas funções mínimas e não dispõe de outros meios para aumentar sua receita ou mesmo reduzir suas despesas no curto prazo.

A solução passa por uma mudança de gestão e uma transformação cultural. De modo a se analisar com racionalidade a capacidade orçamentária do setor público e entender que não é possível haver direitos irrestritos, porque isso demandaria uma capacidade irrestrita de financiamento, algo que foge à capacidade e aos interesses dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alexandre. **A equação econômica mais conhecida no mundo ainda não chegou ao Brasil**. Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/a-equacao-economica-mais-conhecida-no-mundo-ainda-nao-chegou-ao-brasil/>> .

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Martins, 2005.

D. W. MacKenzie. **Aumentar impostos sobre os ricos e sobre os lucros é uma medida economicamente destrutiva**. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2073>> .

IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/9439-pib-recua-3-6-em-2016-e-fecha-ano-em-r-6-3-trilhoes.html>> .

LEI Orçamentária Anual. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/126800>> .

NUNES, Selene Peres; NUNES, Ricardo da Costa. **Relacionamento entre tesouro nacional e banco central**: aspectos da coordenação entre políticas fiscal e monetária do país. Brasília: ESAF, 1999.

RELATÓRIO Index of Economic Freedom, Heritage Foundation. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>> .

RELATÓRIO do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/resultado-do-tesouro-nacional> .

SANTANA, Pollyana Jucá. **Revista Brasileira de Economia**. Rio de Janeiro, vol. 66, n. 2. abr./jun. 2012.

SOWELL, Thomas. **Economics of redistribution**: quicksand at one end and beatings at the other end. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1972>> .



O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NOS CONTRATOS DE GERAÇÃO DOS FILHOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS

Cristine Beckenkamp¹

Fernanda Brandt²

RESUMO

O princípio da solidariedade é um marco quando proposto nas relações entre pessoa e coletivo, sendo um objetivo fundamental presente na Constituição Federal de 1988. Desse modo, a presente pesquisa visa verificar a sua efetivação dentro dos contratos de geração dos filhos nas famílias ectogenéticas. A intenção do trabalho é responder se há existência de uma relação baseada no princípio da solidariedade dentro dos contratos de geração dos filhos. Assim, a pesquisa será feita por meio da bibliografia disponível sobre o tema, por meio da documentação indireta. O método adotado no presente estudo será o exploratório, com o intuito de obter informações acerca das características e proposta a ser questionada nas relações solidárias existentes nos contratos de geração dos filhos e nesta nova modalidade de família contemporânea. O procedimento adotado será a pesquisa bibliográfica mediante a consulta de referências em livros, artigos científicos e revistas relacionadas ao tema. Conclui-se pela efetivação do princípio da solidariedade entre os envolvidos nos contratos de geração dos filhos nas famílias ectogenéticas.

Palavras-chave: contrato de geração de filhos; famílias ectogenéticas; princípio da solidariedade.

- 1 Graduada em Direito pela Faculdade Dom Alberto de Santa Cruz do Sul. Membro da diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – núcleo de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado ao PPGD-UNISC. Endereço eletrônico: beckenkamp.cristinee@gmail.com
- 2 Mestre em direito pelo Programa de Pós-Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/Rio Grande do Sul (CAPES 5) – com bolsa PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil: novo código de processo civil e graduada em Direito pela UNISC. Docente. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito das Famílias, Sucessões e Mediação, da Universidade Federal Rio Grande do Sul e do Grupo Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado da UNISC. Advogada. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – núcleo Santa Cruz do Sul e diretora Social da Associação Comunitária Pró Amparo do Menor de Santa Cruz do Sul – COPAME (2018-2020). Endereço eletrônico: fernandabrandt.adv@globomail.com

1 INTRODUÇÃO

O princípio da solidariedade tem seu surgimento desde a época dos grandes filósofos da antiguidade da Grécia, e desde lá tal princípio foi sendo estudado como uma forma de unir não só as pessoas entre si, mas também a sociedade, em um sentimento de fazer o bem ao próximo.

As famílias ectogenéticas surgiram no processo de evolução das famílias contemporâneas, trazendo uma nova visão de modalidade familiar para o Direito de Família

O problema enfrentado na presente pesquisa é responder se há existência de uma relação baseada no princípio da solidariedade dentro dos contratos de geração dos filhos?

Para tanto, o objetivo é apontar as relações de solidariedade familiar existentes nesta modalidade de família contemporânea, por meio do estudo da origem do princípio da solidariedade, o conceito de famílias ectogenéticas, bem como abordar o que são os contratos de geração de filhos e suas especificidades.

O estudo acerca do princípio da solidariedade familiar proporciona não somente ensinamentos sobre suas características e propostas, mas também de se evoluir as ações das pessoas perante a sociedade em não somente entenderem as dificuldades do próximo, e sim de ajudar, visando à melhora da qualidade de vida do coletivo.-

Por fim, o método adotado no presente estudo será o exploratório, com o intuito de obter informações acerca das características e proposta a ser abordada pela solidariedade familiar nas relações das famílias ectogenéticas e no seu contrato de geração de filhos. O procedimento adotado será a pesquisa bibliográfica mediante a consulta de referências em livros, artigos científicos e revistas relacionadas ao tema.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

As primeiras menções sobre a solidariedade de que se há conhecimento foram por meio das obras de Aristóteles, que enfatizava as relações humanas que acabassem satisfazendo ambas as partes e acabava por vincular a ética humana com a solidariedade. (SPENGLER, 2012)

O conceito de solidariedade é vasto. Porém, pode ser resumido ao ser dividido em três ramos: valor moral, valor ético e valor jurídico (REIS; KONRAD, 2015). Sob o aspecto moral, a solidariedade é entendida como generosidade, bondade e compaixão, intimamente ligada à ideia de caridade proveniente do cristianismo (CARDOSO, 2010).

Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro, como dever de responsabilidade para com o

outro sob uma perspectiva de disparidade (PERLINGIERI, 2008). Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo respeito a todas as partes de um todo social.

A solidariedade é uma categoria dos tempos modernos e, na sua concepção atual, surgiu no início do século XIX, como resposta às realidades decorrentes da sociedade industrial. A reflexão do reconhecimento implica numa política inclusiva, de participação social, tanto no âmbito da produção material (trabalho, renda...) como no do consumo, e também no âmbito da segurança social (proteção social em todas as circunstâncias da vida: velhice, imprevistos pessoais, educação...). Enfim, aponta para a política social (WESTPHAL, 2008).

A partir do século XIX, quando se fala em solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar algo bem diferente. Trata-se de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo [...] somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade como um discurso coerente que não se confunde com caridade ou filantropia. (FARIAS, 1998, p. 190)

No Brasil, a solidariedade ganha grande destaque por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tendo como norte a dignidade da pessoa humana, o referido diploma traz a solidariedade como elemento potencializador e concretizador deste princípio-matriz (CARDOSO, 2012).

Qualquer que seja o modo de prevenção ou resolução do conflito, o princípio da solidariedade permite o exercício da empatia, o que propicia um tratamento mais harmonioso e benéfico para todos os envolvidos no conflito.

A ideia da solidariedade vai além do interesse do que ocorre com o outro, sendo necessária uma postura ativa em prol da realização do bem do outro (REIS; QUINTANA, 2017, p. 227).

Assim, a única forma constitucional de interpretação do instituto da solidariedade social é aquela que conduz aos preceitos valorativos que extraíam a natureza íntima da Carta Magna vigente como fonte precípua e concreta de valores jurídicos advindos da própria sociedade, bem como a prerrogativa de expor a pura essência jurídica de todas as ações advindas das normas legislativas estatais, no sentido de fundamentar o direito posto, finalizando nos ideais de liberdade, de justiça e de solidariedade, expressamente preconizados na Lei Maior (MACHADO, 2013).

Extraí-se, portanto, desses breves comentários, que os princípios, no atual contexto histórico-jurídico brasileiro, são efetivas normas jurídicas, e como tal podem funcionar como verdadeiros caminhos na incessante busca pela justiça não apenas formal,

senão também material, possibilitando uma interpretação do texto constitucional vigente à ideia de se elevar a solidariedade social elencada no art. 3º, inciso I, da Magna Carta, ao status nítido de princípio que deve ser observado em toda e qualquer norma infraconstitucional presente no ordenamento jurídico hodierno. (MACHADO, 2013)

A aplicação da solidariedade se dá em dois planos distintos: no plano horizontal – vínculo entre os seres humanos – e no plano vertical. No plano horizontal, a solidariedade é muito mais do que fraternidade e caridade. Ela diz respeito ao agir humano, ou seja, às ações cotidianas das pessoas devem observar o bem-estar coletivo. Portanto, é necessário que os homens norteiem suas atitudes colocando-se no lugar do próximo, uma vez que não são um fim em si mesmos (CARDOSO, 2012).

Quanto ao plano vertical, a solidariedade, por estar prevista na Constituição Federal de 1988, funciona como um princípio informador do sistema jurídico e, dessa forma, com o intuito de estabelecer uma convivência harmoniosa entre os homens, espalha sua força perante todo o ordenamento jurídico. A força vinculante deste importante princípio exige uma atitude proativa por parte do Estado, ou seja, o mesmo deve atuar na promoção social com o objetivo de garantir que esse processo de convivência equilibrada entre os cidadãos seja, de fato, concretizado (CARDOSO, 2012).

3 AS FAMÍLIAS MODERNAS NA BRASIL: UM RECORTE SOBRE AS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS

Dias (2010) refere-se que as famílias modernas ou contemporâneas se constituem em um núcleo evoluído que se originou do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, que acabava sendo um centralizador da prole numerosa onde definia status a um casal. Nesta remanescente, que tem optado por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, alternam, se confundem e por vezes também se invertem, através de modelos que também são confusos, onde a autoridade parental encontra-se diluída ou muitas vezes ausente. Com a constante dilatação em relação as expectativas de vida, acaba tornando-se multigeracional, diversificando e dinamizando as relações entre os membros. Neste sentido:

Há uma apreciação bipartida dessa família, que refere crise e decadência, ao lado de outra que prefere perceber evolução e conquista. Na verdade, a família de hoje, ao lado das aquisições que instalaram a modernidade, como a educação mais liberal, os papéis flexíveis, etc., não logrou isentar-se de profunda problemática, expressa, por exemplo, na ausência dos pais, na debilidade dos limites que se impõem aos filhos e nas dificuldades de reduzir os índices de conflitos por eles apresentados. É o mesmo para a confusão estabelecida nos papéis parentais, entre o autoritarismo ou simplesmente a tão necessária autoridade parental. (DIAS, 2010)

A Constituição Federal de 1988 expandiu o conceito do significado de família, passando a integrar as relações monoparentais, aquelas relações de um pai com seus filhos. Tal redimensionamento, baseado na realidade imposta, afastou aquela ideia de família advinda do casamento e afastando a exigência da necessidade de haver um par, para que haja tal configuração.

Sendo assim, Pereira (2018) traz a ideia de que houve dois marcos há 40 anos, os quais definiram os rumos do Direito de Família para o patamar em que se encontra, permitindo que novas estruturas conjugais e parentais surgissem no mundo. Podendo citar a Emenda Constitucional 9³ de 1977, que introduziu o divórcio no Brasil, ocasionando a quebra da indissolubilidade do casamento, prevalecendo a autonomia do casal e voltando-se para o Estado laico, alterando a regulamentação divina do matrimônio.

Um segundo fator determinante que originou uma revolução na medicina e no Direito foi a o nascimento do primeiro bebê de proveta, fazendo emergir novas formas de parentalidade. Essas famílias, por sua vez, constituídas com a ajuda das técnicas de reprodução assistida, denominam-se ectogenéticas.

Segundo o colacionado de Carvalho (2018), famílias ectogenéticas é o nome dado às entidades familiares que possuem filhos havidos mediante a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistidas, tanto nas reproduções homólogas, que ocorre quando é utilizado o material de ambos os parceiros, quanto na reprodução em que é utilizado o material genético de apenas um dos parceiros ou até mesmo de nenhum deles. Situação que também pode ocorrer quando o filho é gestado por outra pessoa que não a mãe biológica e assim chamada de barriga solidária.

A Constituição Federal de 1988 confere a liberdade para o casal realizar o planejamento do modelo de família almejado, porém, a legislação ordinária acaba por não regulamentar a reprodução tecnicamente assistida, com tal situação aplica-se as normas estabelecidas pelo Conselho Regional de Medicina sob as resoluções nº 1.957/2010⁴, 2.013/2013⁵ e a 2.121/2015⁶.

Chaves (2015) menciona que a resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina determina que possam ser beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida todas as pessoas capazes, que busquem este procedimento e que a

3 Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175.

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

4 <<https://professorpaulohermano.wordpress.com/2011/06/10/reproducao-assistida-resolucao-1-95710/>>

5 <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf>

6 <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>

indicação não se afaste dos limites da resolução, desde que as partes estejam totalmente de acordo e apropriadamente esclarecidas, de acordo com a legislação vigente.

É importante referir que só pode-se falar genuinamente em autonomia reprodutiva quando há uma escolha afetiva, baseada em informação correta e esclarecida. Não são raras as vezes que os casais e as pessoas são informados adequadamente, mas focam apenas nas vantagens e esquecem os perigos das técnicas de procedimento médico assistido.

Com base nesta informação, em todo processo é imprescindível que o médico não acabe condicionando os pacientes, mesmo que de forma indireta, para tomar determinada decisão, pois esta conduta configuraria uma forma de opressão ao interesse da decisão autonomamente. Contudo, somente a escolha esclarecida preenche todos os requisitos necessários e conduzem à completude do dever de informação do médico.

Pereira (2018) diz que coparentalidade ou simplesmente famílias coparentais são aquelas constituídas entre pessoas que não precisaram estabelecer uma conjugalidade necessariamente, ou nem mesmo precisaram manter uma relação sexual. Apenas se encontraram com o objetivo de satisfazerem seus desejos de realizarem a maternidade/paternidade, caso em que na maioria das vezes este processo de geração dos filhos ocorre por meio de reprodução assistida. Em um mundo globalizado e de transnacionalidades, proporcionado pela internet, e associado através das distinções entre famílias conjugais e parentais, houve um aumento significativo de filhos que são oriundos destas famílias.

Fato este que não há nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade nestas relações, não havendo mais filhos ou famílias ilegítimas nestas relações desde a Constituição da República de 1988⁷. Essas parcerias de paternidade/maternidade acabam remetendo ao mundo jurídico a elaboração de uma nova espécie de pactos, que são os “contratos de geração de filhos” e importante ressaltar que haja uma determinação de visitação e sustento do filho, decorrente desta parceria para gerar uma criança.

O ato de fazer filhos, planejados ou não, e independente da forma de como foram gerados, implica antes de tudo na responsabilidade, que é um dos princípios mais importantes no Direito de Família e que está interligado com o princípio da afetividade. Com isso, temos o seguinte ensinamento:

O princípio da afetividade possui uma dupla face cuja compreensão auxilia na exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a face de dever jurídico, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões estáveis de alguma forma reconhecidas pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação. A segunda

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

faceta do princípio é a face geradora de vínculo familiar, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de parentalidade, seja de conjugalidade), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos. Nessa particularidade resta abarcada a noção da posse de estado, ou seja, a presença de um dado conjunto fático fará incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar decorrente daquela relação. (CALDERÓN, 2013)

Este novo paradigma passa estar diretamente ligado à afetividade, que se constituiu em um dos elementos centrais identificadores da definição de entidade familiar (parte da doutrina conceitua por relações pessoais consubstanciadas por meio a afetividade, ostentabilidade e estabilidade). A alteração foi tão significativa, que, através disso, a afetividade passou a integrar a própria estrutura familiar contemporânea, posição à qual se adere.

4 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE EXISTE NOS CONTRATOS DE GERAÇÃO DOS FILHOS, NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS?

Certamente, a legalidade no contrato de gestação é um tema dos mais desafiadores e fascinantes, assim como também são problemáticos no direito da saúde e direito das famílias. A resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina autoriza o recurso à maternidade de substituição, nos casos em que haja alguma impossibilidade ou contraindicação de ordem médica que a gestação seja levada até o fim pela doadora genética ou de uma união entre pessoas do mesmo sexo. Diante disto, temos o colacionado a seguir:

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco⁸ até quarto grau, estando os demais casos sujeitos à análise e autorização do respectivo Conselho Regional de Medicina. Portanto, a nova Resolução alargou a possibilidade de a pessoa ou casal que recorra à gestação de substituição, socorra-se de uma pessoa que não seja familiar, desde que expressamente autorizado pelo CRM. A doação temporária de útero, assim como a doação de gametas e embriões, de acordo com a Resolução, não poderá ter caráter comercial ou lucrativo, e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Dessa afirmação e pelo fato de que o CFM estabelece uma regra de parentesco entre os pacientes e a mãe

8 A Resolução fala em parentesco consanguíneo, mas, como é sabido, o parentesco civil (adotivo) e socioafetivo produzem os mesmos efeitos que o parentesco sanguíneo, não fazendo sentido qualquer interpretação restritiva apenas à consanguinidade. Neste sentido, vale a pena reproduzir o Enunciado n. 103, da I Jornada de Direito Civil do CJF: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

substituta, depreende-se que a mãe portadora não poderá (ou pelo menos não deveria ser) ser a mãe genética da criança, devendo os embriões ser fertilizados com óvulo de doadora anônima. (CHAVES, 2015)

Há afirmações no sentido de que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, frente ao silêncio legislativo, passariam a possuir um caráter “obrigatório-vinculativo geral”, fundamentado no artigo 59 da Constituição Federal⁹. Porém, as resoluções indicadas no art. 59, VII¹⁰ da CF/88, visam à regularização da matéria de interesse interno (político ou administrativo) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de maneira conjunta ou separadamente. Porém, não parece executável que a Resolução do CFM¹¹ sobre a procriação medicamente assistida acabe possuindo força de lei, vinculando as partes ou o juiz que venha dirimir um eventual litígio.

Observa-se que não há dúvidas de que os novos contratos e classificações contratuais decorrentes desta prática causem estranheza social, uma vez que se diferem do modelo clássico familiar idealizado. Mesmo com a perda de espaço, o núcleo familiar patriarcal existe e continua sendo defendido por muitos. Devemos constatar que a reflexão deverá surgir não do confronto que os novos modelos causam, mas da premissa de que a família, para que continue sendo o núcleo básico de qualquer sociedade, como um núcleo estruturante do sujeito de direitos (BORSATTO, 2018).

Neste diapasão, há de se mencionar que existem atualmente três¹² possibilidades contratuais sendo utilizadas e em todas estas formas podemos observar o princípio da

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

10 Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: VII - resoluções

11 Conselho Federal de Medicina

12 1. Contrato para utilização de útero de substituição entre pessoas sem relações parentais: Mesmo sendo vedado no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina, muitos casais se veem obrigados a buscarem auxílio em países como Índia, Ucrânia, Rússia, EUA (29 estados), Nepal e o estado de Tabasco, no México, para terem seus filhos biológicos (6). Essa busca decorre do simples fato de que as relações pessoais e familiares avançam muito mais rapidamente que a regulamentação jurídica do tema, adaptando-se as possibilidades existentes e a capacidade financeira para a realização do sonho da paternidade/maternidade.

2. Coparentalidade: trata-se do nome dado a família parental cujos pais se unem apenas para ter a prole, de forma planejada e responsável, criando em um sistema de cooperação mútua, sem relacionamento conjugal ou sexual. Para estes formatos, advogados da área de família auxiliam com redação de contrato de geração de filhos, dispendo as regras que serão atribuídas, tais como escolha do nome, convivência e sustento da prole. Tal qual um acordo homologado judicialmente por ruptura de vínculo marital, as cláusulas dispostas neste contrato poderão ser revisadas a qualquer momento, em virtude de imprevistos ou alteração da realidade deste formato família.

3. Além das modalidades destacadas, o avanço social e legislativo permite ainda um terceiro tipo de contrato de geração de filhos: o da multiparentalidade. Nesta seara temos filhos com duas mães ou dois pais registrais, e também a multiparentalidade na família ectogenética, como o exemplo clássico de casal homoafetivo que busca em um amigo próximo a realização do sonho da parentalidade. Esse modelo pode ser aplicado para filiação socioafetiva, adoção ou utilização de material genético de terceiro que faz a doação sem anonimato.

solidariedade familiar presente. Identificados de forma muito clara, quando encontramos determinadas condições para que haja a validação destes contratos.

Importante ressaltar que é conveniente que esses contratos de geração dos filhos, seja escrito, deixando clara as regras, como, por exemplo, o nome a ser dado à criança que gerarão, convivência, sustento, entre outros. Porém, com o decorrer do tempo, estas cláusulas poderão ser relativizadas, até mesmo modificadas em decorrência de uma realidade fora da que estava planejada ou em virtude dos acidentes de percurso. Não descaracterizando a coparentalidade se ambos parceiros realizarem a “inseminação caseira”, ou acabarem tendo relação sexual com o único objetivo da procriação (PERERA, 2018).

Matos (2017) enfatiza que o princípio da solidariedade familiar preconiza que deve haver uma ajuda mútua no aspecto material, moral, social, bem como em qualquer circunstância da vida. Este princípio encontra-se normatizado nos artigos 3º¹³, 226¹⁴, 227¹⁵ e 230¹⁶ da Constituição Federal de 1988.

Resta inequívoco que a coparentalidade se apresenta como um modelo familiar vantajoso, que visa somente atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a criança advinda deste pacto ganha com amor e com o afeto de seus genitores, sem presenciar, via de regra, o conflito entre eles.

-
- 13 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- 14 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.
§ 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.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
- 15 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
- 16 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

5 CONCLUSÃO

Tem-se a efetivação do princípio da solidariedade no contrato de geração dos filhos nas famílias ectogenéticas, pois se tem melhores relações entre os familiares, refletindo na vida do coletivo.

Primeiramente, ao abordar o histórico sobre o surgimento da solidariedade, suas características e entendimento, percebeu-se tratar-se de muito mais que um valor moral e ético, mas também uma obrigação jurídica nas relações pessoais da sociedade.

Em seguida, aprofundando o estudo sobre as características que diferenciam as famílias ectogenéticas dos outros tipos de famílias existentes no ordenamento jurídico contemporâneo, verificou-se que seu conceito e formação familiar, são tratados pelo sistema como relações contratuais.

Conclui-se que a vivência do princípio da solidariedade entre os envolvidos nos contratos de geração dos filhos nas famílias ectogenéticas é o caminho para o alcance da dignidade da pessoa humana dentro do âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

BORSATTO, Roberta. **O contrato de geração de filho**. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/o-contrato-de-gera%C3%A7%C3%A3o-filho-roberta-borsatto>> Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf> Acesso em 19 de setembro de 2018.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

_____. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 1, 2012. p. 10-29.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=wdJiDwAAQBAJ&pg=PT114&lpg=PT114&dq=fam%C3%ADlias+ectogen%C3%A9ticas&source=bl&ots=tM9uSxqNh0&sig=M62tnDVv_RUqE75q_5ssW1UuXJY&hl=p-t-BR&sa=X&ved=2ahUKewjEg8eT7ujdAhWJiJAKHXmyAzMQ6AEwDXoECAgQAQ#v=onepage&q=fam%C3%ADlias%20ectogen%C3%A9ticas&f=false>. Acesso em: 18 set. 2018.

CHAVES, Marianna. **Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/47896979/FAMILIAS_ECTOGENETICAS.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYG-

Z2Y53UL3A&Expires=1538519997&Signature=E1e4diStrhhrkQZMFk%2FaOvNr%2FkY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFAMILIAS_ECTOGENETICAS_OS_LIMITES_JURIDI.pdf> Acesso em: 20 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas:** (inter)secções do afeto e da lei. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_579\)3__familias_modernas__inter_seccoes_do_afeto_e_da_lei.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_579)3__familias_modernas__inter_seccoes_do_afeto_e_da_lei.pdf)> Acesso em: 29 set. 2018.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GARRAFA, V.; SOARES, S. P. **O princípio da solidariedade e cooperação na perspectiva bioética,** 2013. Disponível em: <<https://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/105/1809.pdf>> Acesso em: 27 de setembro de 2018

MACHADO, Karine Pacífico de Britto. **A aplicação do princípio da solidariedade no Brasil, sob a ótica de John Rawls,** 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/becke/Downloads/4.%20Artigo%20Kaline%20pac%C3%ADfico.pdf>> Acesso em 26 set. 2018.

MATOS, Ana Carla Silva de. **A coparentalidade e seus efeitos jurídicos.** Disponível em: <<http://https://anacarlasilvadematos.jusbrasil.com.br/artigos/511719683/a-coparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos>> Acesso em: 30 set. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família ectogenéticas e o contrato de geração dos filhos.** Disponível em: <<http://http://www.ibdfam.org.br/artigos/1295/Fam%C3%ADlias+ectogen%C3%A9ticas+e+o+contrato+de+gera%C3%A7%C3%A3o+de+filhos>> Acesso em: 28 set. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Jorge Renato dos, KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 59-87, jan./abr. 2015.

REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Julia Gonçalves. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. **Revista Constituição e Garantia dos Direitos**, Natal, v. 10, n. 1, p. 223-242, dez. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

WESTPHAL, Vera Herveg. **Diferentes matizes da ideia de solidariedade,** 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/4757/4037>>. Acesso em: 26 set. 2018.



O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

*Flavia Alejandra Fernández Pereira*¹

RESUMO

O objetivo do presente estudo é verificar se o princípio constitucional da solidariedade intergeracional constitui um mecanismo de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dirigido tanto ao poder público quanto à coletividade, essencial à manutenção da saúde e promoção de uma vida digna das presentes e futuras gerações. O princípio da solidariedade, previsto no inciso I do art. 3º da Constituição Federal, irradia todo o sistema jurídico, projetando-se também para a questão ambiental, ampliando a expressão da solidariedade para o futuro. Constitui dever do Estado promover políticas públicas a fim de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, criando a necessidade de um desenvolvimento sustentável e do uso consciente dos recursos naturais, para que as futuras gerações possam usufruir das mesmas ou, quiçá, melhores condições ambientais do que as gerações atuais.

Palavras-chave: solidariedade intergeracional; meio ambiente; direito fundamental

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da promulgação dos textos constitucionais, foi se concretizando a ideia das constituições programáticas, nascidas sobre a tutela dos direitos e garantias fundamentais, as quais objetivamente devem visar à proteção e promoção efetiva do desenvolvimento econômico e social, bem como a dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. E-mail: flavfernandez@gmail.com

Assim, a norma constitucional definitivamente se torna o sistema regulador de proteção da sociedade. O Estado agora deve não apenas prever o direito, mas promover de forma efetiva as políticas sociais para o cumprimento desses direitos. Definitivamente, passa-se a viver sob uma verdadeira ótica democrática.

A mudança é significativa, pois se antes o direito atendia a uma classe dominante, privilegiada em função de seu poder econômico, agora o Estado, na figura da Constituição, também prevê direitos para todos os indivíduos, os quais, por muito tempo, permaneceram à margem da defesa de seus direitos fundamentais.

Na atualidade, muito tem se falado na evidente degradação do meio ambiente. São notórios e devastadores os impactos ambientais causados pela ação do homem, e isso gera inúmeros debates acerca de seus responsáveis, suas principais causas e soluções capazes de reverter ou equalizar esse quadro preocupante.

As discussões acerca dessa temática vêm aumentando na medida em que os danos ao meio ambiente ganham visibilidade na mídia e na vida das pessoas.

Importante destacar que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está disciplinado no caput do artigo 225 da Constituição Federal. Desse artigo erige o dever jurídico da conduta responsável para com o meio ambiente, que deve ser observado e seguido por todos.

A partir do reconhecimento da essencialidade de um meio ambiente salutar para a proteção da dignidade de toda espécie humana, se depreende ser fundamental para garantir também a dignidade das futuras gerações.

Nesse sentido, constitui objetivo desse estudo verificar se o princípio constitucional da solidariedade intergeracional constitui um mecanismo de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dirigido tanto ao poder público quanto à coletividade, no intuito da sua preservação para as futuras gerações, exatamente por ser essencial à sadia qualidade de vida.

2 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A palavra solidariedade deriva do latim *in solidum*, que representa a ideia de soma do todo.

No âmbito jurídico, a expressão solidariedade surge no século XVII; entretanto, a concepção inicial de solidariedade não é a que atualmente está positivada nas constituições (SIMIONE, 2015).

A ideia de solidariedade começa se delinear na teoria Aristóteles, na Antiguidade, a qual se manifestava a partir de uma ação que, frente ao outro, possibilitava satisfação

de ambos. Nesse momento, a solidariedade era tida como a ética do sujeito (SPENGLER, 2012, p. 63).

Na Antiguidade, a solidariedade era pensada como uma virtude ético-religiosa, e, posteriormente, esta adquire o status de “um valor superior, que, embora fundada no aspecto individual, representa uma função principal para a organização social” (BOLLMANN, 2007, p. 2).

Na Revolução Francesa surge, pela primeira vez, a ideia de solidariedade na sua concepção jurídica, através da aceção de fraternidade, e no final do século XIX, a solidariedade passa a ser tida como uma relação entre o indivíduo, a sociedade eo Estado. Em um primeiro momento, entendia-se a solidariedade como um dever de assistência fraternal. Concepção essa que derivou do direito de fraternidade da Revolução Francesa, que foi expresso no § 8º do preâmbulo e no artigo 13 da Constituição Francesa de 1848 (FARIAS, 1998, p. 188-190).

A codificação em geral, especialmente os códigos civis que foram promulgados sob a égide do estado liberal, muito em razão do individualismo jurídico, tinham como “paradigma o cidadão proprietário, dotado de patrimônio, ou seja, este era o homem comum tutelado pela norma civil, deixando, em consequência, a grande maioria das pessoas fora de sua tutela”. (REIS, 2003, p. 774)

Ocorre que a história acabou por demonstrar que o modelo liberal de sociedade não dava conta de responder aos novos interesses sociais decorrentes de uma postulada justiça social.

Obviamente, através da igualdade formal estabelecida entre os cidadãos e em virtude da ampla proteção conferida à autonomia privada, a exploração do mais fraco pelo mais forte acabou sendo uma consequência natural deste modelo estatal, haja vista que a liberdade proposta era exclusiva do elo mais forte da relação.

Nessa perspectiva, o individualismo liberal presente nas Cartas Constitucionais e positivados nos códigos oitocentistas, principalmente no Código Napoleônico e naqueles que herdaram suas diretrizes, foi sendo gradativamente reduzido a partir do início do século XX, muito especialmente em razão das transformações sociais que ocorreram na Europa após o fim da Primeira Guerra Mundial (REIS,2003).

Assim, em razão da ampla desigualdade instalada, das profundas mudanças econômicas e sociais, somadas à revolução industrial e tecnológica, bem como em virtude das pressões da sociedade contra o Estado mínimo e dos conflitos gerados entre os seres humanos, o modelo de Estado Liberal começou a entrar em declínio.

Na passagem para o constitucionalismo democrático (Pós Segunda Guerra Mundial), vemos o recrudescimento da ideia dos Direitos Fundamentais e da dignidade humana. A Constituição incorpora uma função eminentemente principiológica, de textura

aberta, havendo uma mudança na concepção do papel da Constituição e dos próprios direitos inseridos nela.

Se antes se dependia da boa vontade dos poderes públicos de implementar políticas públicas de acordo ao seu interesse e convencimento, no Estado Democrático de Direito passa-se a ter uma força normativa e vinculante da Constituição e os direitos previstos nela passam a serem exigíveis.

Neste sentido, leciona Leal (2007, p. 31):

Pode-se se asseverar, nesse sentido que a inovação que se verifica com relação a Constituição neste período se dá, especialmente, no âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa somente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.

Assim, o estudo do direito constitucional moderno nos permite verificar que, sem sombra de dúvidas, encontramos-nos em uma fase especialíssima das dinâmicas sociais, haja vista que nunca antes na história os Estados disponibilizaram uma gama tão grande de direitos abrangendo todos os cidadãos. A ampliação do alcance a todos os cidadãos dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito impacta diretamente nas Constituições contemporâneas, alçando conteúdos não apenas programáticos, mas valores que permeiam todos os poderes do Estado.

Diante disso, a Constituição passa a ter uma perspectiva diferente com relação ao próprio indivíduo e ao próprio sujeito, tendo uma concepção comunitarista (vinculação necessária entre moral, direito e política). A compreensão do indivíduo passa a ter uma perspectiva solidária, ou seja, a sua condição de sujeito vai além da esfera privada, bem diferente no sistema liberal que se priorizava o interesse individual. O indivíduo é isolado, que não se pensava na felicidade em conjunto, só na felicidade de cada um. Os aspectos valorativos e comunitários se revestem de um status jurídico, impositivo, transportados para dentro das Constituições, que funcionam como diretrizes para a vida em comum (LEAL, 2007).

É necessário atentar que o princípio da legalidade exige que todos respeitem as normas constitucionais, pois estas justificam e fundamentam a normatividade nas instituições jurídicas, servindo de parâmetro para a avaliação dos atos (FACHIN, 2008, p. 228).

Assim, a partir da ideia de que o ordenamento jurídico é único e possui como base os princípios constitucionais, não seria razoável uma visão que fragmente o nosso

sistema em ramos ou microssistemas independentes entre si, pois esta divisão traria consigo um distanciamento entre o jurista e a ideia social proposta. Desse modo, o princípio da legalidade constitucional constitui um mecanismo de garantia para sujeitar os integrantes da sociedade a valores fundamentais do sistema constitucional pátrio, em que está inserida a solidariedade (PERLINGIERI, 2008).

Nessa perspectiva, possibilita-se a aplicabilidade direta de dispositivos constitucionais no Direito Privado, eis que a Constituição Federal de 1988 exige a conformidade das normas infraconstitucionais com o seu texto.

O jurista, o Estado, o intérprete e o cidadão, de modo geral, ficam obrigados a cumprir os mandamentos constitucionais, de modo que assim aproxima-se o Direito Civil sensível dos problemas sociais concretos, tornando o direito privado mais sensível às necessidades reais da sociedade. Além disso, importante lembrar que o processo de constitucionalização não visa somente uma hierarquia normativa, como também evitar a dilapidação do Estado Democrático de Direito (MATTIETTO, 2000).

Desse modo, é possível afirmar que a aplicação da solidariedade é essencial, já que não cabe fazer uma ideia preconcebida de que as normas constitucionais são programáticas, ou, ainda, de que foram feitas para o legislador ordinário.

Ademais, necessário lembrar que a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária é um princípio fundamental:

[...] tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem, topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas (TEPEDINO, 2008, p. 174).

A solidariedade, sob o viés constitucional, torna-se fundamental, sendo dotada de um papel de protagonista na sua realização pelos destinatários do texto constitucional (MORAES, 2008), pois traz “escolhas de concretização do que lhe antecede e sendo densificados por todos os princípios gerais de direito que devem lhe concretizar” (ARONNE, 2010, p. 106).

Nesse sentido, é importante frisar que a socialização do direito possui estreita relação com o processo de “infiltração de valores solidarísticos no Direito Privado” (SARMENTO, 2006, p. 93), na busca por reconhecimento das desigualdades entre as partes e visando não somente equalizar essas desigualdades, mas proteger a sociedade, de modo

geral, e os contratantes, de modo particular, de situações em que seus direitos restariam prejudicados.

É preocupante vislumbrar uma sociedade em que “o sofrimento do outro nada representa para a consciência da grande maioria dos seres humanos” (CARDOSO, 2010, p. 104).

Nessa perspectiva, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, ela não quis trazer apenas uma diretriz política que não possui qualquer eficácia normativa. Muito pelo contrário, “ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo” (SARMENTO, 2006, p. 295)

Assim, resta-nos claro que o princípio constitucional da solidariedade deve ser um dos pilares orientadores do sistema jurídico brasileiro. De modo que a simples interpretação literal do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já seria suficiente para que se concluísse que a solidariedade constitui um preceito que deve guiar o sistema jurídico brasileiro, seja tanto na esfera pública, quanto na esfera privada (MORAES, 2008).

Nesta mesma senda, o fenômeno da constitucionalização do direito privado empresta a força necessária para que as premissas constitucionais sejam, satisfatoriamente, atendidas e aplicadas às normas infraconstitucionais, não importando sua natureza pública ou privada. Desse modo, levando-se em consideração a força normativa da Constituição e a irradiação dos princípios e direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, o princípio constitucional da solidariedade pode e deve ser entendido como um vetor de interpretação para todas as condutas que são efetivadas sob sua égide (SARLET, 2012).

Assim, é possível perceber que na perspectiva contemporânea a solidariedade adquire um caráter de obrigação jurídica, na qual cada pessoa possui certa responsabilidade com a sociedade na qual está inserida.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

O meio ambiente nem sempre foi protegido como no contexto atual, pois antes da década de 70, eram raros os mecanismos de proteção ambiental. Na contramão, o Estado Brasileiro muitas vezes incentivava a devastação das florestas, para atender as necessidades do capitalismo e o crescimento econômico do país.

Nessa perspectiva, o meio ambiente não usufruía de plena proteção, até os anos 70, quando algumas leis esparsas inauguraram os primeiros passos rumo à proteção ambiental. No entanto, é importante salientar que, “a constituição de 1988 não desconsiderou o Meio Ambiente como elemento indispensável e que servia de base para o desenvolvimento da atividade de infraestrutura econômica” (ANTUNES, 2005, p. 23).

Assim, é possível perceber que o objetivo do legislador é que se concretize um meio ambiente sustentável. Nesse sentido, com a efetivação das normas constitucionais de cunho protecionista ao meio ambiente, é possível que se alcance uma reciprocidade entre a infraestrutura econômica e o desenvolvimento sustentável, pois os recursos naturais são de fundamental importância para que se atinja uma qualidade de vida que se coadune com a ideia do artigo 225 da CF/88. Isto se infere porque a atual constituição adotou uma linguagem diferente das anteriores, caso contrário o meio ambiente estaria sujeito tão somente à degradação.

Nesse sentido:

Marco histórico de inegável valor, dado que as constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas se quer uma vez foi empregada a expressão ‘meio ambiente’, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos (MILARÉ, 1991, p. 3).

Assim, “a preocupação foi tanta com o meio ambiente que o nosso legislador constituinte resolveu reservar-lhe um capítulo inteiro na Constituição Federal, procurando disciplinar a matéria diante de sua importância mundial” (PRADO, 1992, p. 22).

No que se refere às normas de cunho protetivo do meio ambiente previstas na Constituição Federal de 1988, importante destacar somente dois principais artigos, que em seus textos disciplinam de forma veemente a questão da proteção ao meio ambiente, quais sejam artigo 170, inciso VI e o artigo 225 da CF/88, que constitui o cerne da tutela ambiental:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...).

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

E o art. 225 prossegue:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade devida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Através da leitura do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, é possível compreender que um dos seus maiores objetivos é não promover a degradação ambiental, ficando clara a preocupação do legislador, ou seja, a interrupção da degradação.

Nesse sentido, é de bom alvitre atentar para a importante inovação que se deu através da expressão utilizada no caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, ao mencionar que o meio ambiente um “bem de uso comum do povo”. De modo, que a partir dessa definição, a Constituição considerou o meio ambiente como direito de todos e bem de uso comum do povo.

Os direitos de terceira dimensão (direitos da fraternidade ou da solidariedade) surgem a partir de reflexões sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, cristalizando-se no fim do século XX. (BONAVIDES, p. 569)

Assim, é possível verificar que o direito ao meio ambiente equilibrado está inserido na terceira dimensão de direitos fundamentais.

No entanto, verifica-se que o referido direito também possui um conteúdo de cunho notadamente social, sendo que muitos autores que entendem tratar-se o meio ambiente de um direito fundamental social do ser humano.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já afirmou a existência de um direito ao meio ambiente como de terceira dimensão, através do julgamento do Mandado de Segurança n. 22.164/SP, ocorrido em 30.10.1995, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello:

{...} a norma inscrita no art. 225, parágrafo 4º, da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico a efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal mato-grossense. A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais

disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade - o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Através da proteção constitucional, o meio ambiente é elevado ao ponto máximo do ordenamento, adquirindo o status de direito fundamental, o que, por conseguinte, possibilita a aplicabilidade imediata de suas normas.

Continua Herman Benjamin:

A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo, na medida em que o rol do artigo 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu parágrafo 2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, caput, reflexamente recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida” (BENJAMIN, 2007, p. 73).

Assim, o meio ambiente é um bem jurídico que merece grande destaque, haja vista que pertence a todos e a ninguém em particular, de modo que sua proteção a todos aproveita e sua degradação a todos prejudica.

4 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARA AS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES

A titularidade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi estendida, na Constituição Federal de 1988, não apenas à coletividade presente, mas também às futuras gerações. Disso depreende-se a responsabilidade de toda a coletividade no dever de proteger e preservar o meio ambiente, bem como de buscar a sua reparação, de forma garantir integridade do planeta.

Nesse sentido, a preocupação de se proteger as futuras gerações já havia sido observada na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) em seus Princípios 2 e 5, que assim prescrevem:

Princípio 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

Princípio 5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso”.

Em 1992, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento confirmou este posicionamento mundial acerca da solidariedade intergeracional (SILVA, 2011, p. 120).

Assim, é possível observar que a solidariedade intergeracional não é apenas um princípio de direito interno, mas também de interesse do Direito Internacional Ambiental (SILVA, 2011, p. 120).

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal se manifestou diversas vezes, consoante o seguinte entendimento:

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. (ADI3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenocitada em AC 1.255 MC/RR. Rel. Min. Celso de Mello.22.6.2006)

Nessa senda, Bobbio (1992) vai além e classifica o próprio direito ambiental como um direito de solidariedade, que, segundo o autor, corresponde à terceira geração

de direitos (os direitos de primeira geração são as liberdades civis; os de segunda geração são os direitos sociais). Essa concepção foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente – típico de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

O Princípio da Solidariedade Intergeracional constitui, na verdade, um desdobramento do princípio da solidariedade previsto no inciso I do art. 3º da Constituição Federal, fundamento maior do nosso Estado Democrático de Direito, que irradia todo o sistema jurídico. Os seus mandamentos tiveram reflexos nas diversas ramificações do sistema e, na questão ambiental, houve a projeção do princípio no tempo, ampliando a expressão da solidariedade para o futuro (SILVA, 2011, p. 124). Nesse sentido, defende Moraes:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração de legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade¹. (MORAES, 2010, p. 2)

Ainda prossegue o autor:

Ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de exigibilidade. Criou, assim, o Estado Democrático e Social de Direito, tanto por

atribuir valor social à livre iniciativa como por projetar a erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras disposições. (MORAES, 2010, p. 2)

Esse novo olhar do princípio constitucional da solidariedade reflete não só a importância e reflexão do princípio no ordenamento, como também chama atenção para o risco que o desequilíbrio ambiental pode provocar para a existência da raça humana e para as demais espécies de seres vivos.

A solidariedade intergeracional permite um novo olhar do direito, em que, através da preocupação e respeito com as presentes e futuras gerações, permite garantir a dignidade – na sua ampla acepção – dos seres futuros, de modo que fica evidente a importância do referido princípio para a efetivação do Direito Fundamental a um meio ambiente equilibrado.

5 CONCLUSÃO

A proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não representa apenas uma questão ambiental, mas também envolve o campo dos direitos sociais, a economia e o reconhecimento de que esse é um direito intergeracional, essencial à manutenção da vida saudável e digna das atuais e futuras gerações. Assim, essa previsão não figura só no âmbito do texto constitucional brasileiro, como também em diversos documentos internacionais e na ampla maioria das Constituições segundo pós-guerra.

A sustentabilidade é compreendida como um metaprincípio, que possibilita sua projeção tanto para o âmbito ambiental, quanto para o social e o econômico. Nessa perspectiva, a responsabilidade pelos danos ambientais e a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos/deveres de todos, que devem agir de maneira solidária em prol da proteção ambiental.

Assim, constitui dever do Estado promover políticas públicas com o intuito de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais. Para tanto, a educação ambiental é essencial para que a comunidade em geral crie consciência da necessidade de um desenvolvimento sustentável e do uso consciente dos recursos naturais, para que as futuras gerações possam usufruir das mesmas (quem sabe melhores) condições ambientais que as gerações atuais.

Por fim, acredita-se que uma ética solidária com relação à preservação ambiental garantirá uma vida digna para os seres humanos, tanto para nós como para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARONNE, Ricardo Aronne. **Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLLMANN, V. Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, v. 7, n. 73, mar. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29772>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.10.1995. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil constitucional no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007 p. 31-32.
- MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodinde. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2017.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental (problemas fundamentais)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.


SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Marcela Vitoriano. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar para o futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p. 115-146, Julho/Dezembro 2011.

SIMIONE, Ariane. Constitucionalização do Direito Privado: o papel da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade. In: REIS, Jorge Renato; BAGATINI, Júlia. **Interseções jurídicas entre o público e o privado: reflexões no constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In:_____. (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.



A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL PELO COMPARTILHAMENTO DE IMAGEM SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

Daniele Corte Mello¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal verificar se é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade, enquanto dever jurídico, responsabilizar civilmente por dano extrapatrimonial o particular que, ciente da divulgação de imagem de cunho pejorativo, não se abstém de compartilhá-la, por meio das redes sociais, no intuito de preservar a imagem do(s) cidadão(s) envolvido(s). Dessa forma, questiona-se: é possível responsabilizar civilmente o particular por dano extrapatrimonial no caso anteriormente descrito baseando-se, para tanto, no princípio constitucional da solidariedade? Nesse âmbito, com a intenção de responder ao questionamento proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. Em um primeiro ensejo, abordam-se os avanços da sociedade em rede e o relacionamento desta com o ordenamento jurídico brasileiro, que vêm exigindo a repaginação da legislação, doutrina e procedimentos judiciais a fim de abarcarem os conflitos contemporâneos. Na sequência, mais precisamente no segundo capítulo, é visto sucintamente os apontamentos histórico-conceituais acerca do princípio constitucional da solidariedade na visão contemporânea, deixando claro que tal princípio trata-se de um dever jurídico, que por vezes acaba por ser violado. No terceiro capítulo, o trabalho visa responder ao problema proposto. Ao final, a pesquisa traz argumentos para afirmar se é possível, ou não, responsabilizar por dano extrapatrimonial o particular que, ciente da divulgação de imagem de cunho pejorativo não se abstém de compartilhar o seu conteúdo, por meio das redes sociais, acabando por disseminar a imagem do(s) terceiro(s) envolvido(s). Nesse passo, considerando que a pesquisa possui natureza bibliográfica, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo.

1 Mestre em Direito no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Pós-graduada em Direito do Processo Civil pela Unisul. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Palavras-Chave: Sociedade do Conhecimento ou da Informação; Princípio da Solidariedade; Dano extrapatrimonial; Direito à imagem e Constitucionalização do Direito Privado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicia-se fazendo um apanhado histórico sobre os reflexos da tecnologia na vida do ser humano, atualmente, conectado ao mundo por meio do computador, notadamente da *internet*. Tal abordagem faz-se necessária para mostrar a transição tecnológica e quais as suas transformações na sociedade contemporânea, acabando por localizar o particular no contexto midiático contemporâneo.

Ao achar o local do cidadão neste ambiente virtual, constata-se o empoderamento do mesmo, que sai de dentro de um sistema representativo das mídias tradicionais cujo caráter é paternalista para, então, adentrar neste atualíssimo sistema da *web*, momento em que passam a representar a si próprios neste novo cenário, sem, contudo, lançar mão de serem responsabilizados pelos atos ali praticados.

Far-se-á, também, uma narrativa do contexto histórico-constitucional, cujo princípio da solidariedade faz parte, demonstrando-se que – não sem muitas batalhas – a conquista dos direitos fundamentais chegou aos moldes atuais e, agora, impinge cada vez mais aos cidadãos aprimorá-los aos hábitos diários por meio de uma visão mais humana e solidária, sob pena de responsabilização no âmbito jurídico.

Cabe ressaltar que a constitucionalização do Direito Privado reformula a forma de interpretação do ordenamento jurídico *latu sensu*, ousando-se dizer que, hoje, a Constituição Federal faz parte do dia a dia do cidadão, os quais que buscam os seus direitos por meio dela, mesmo que muitas vezes ainda apareçam de forma implícita ou velada, haja vista inexistir ordenamento infraconstitucional regulamentando determinada matéria.

Assim sendo, caberá tão somente ao particular optar pela ampla e irrestrita liberdade individual ou mesclar essa liberdade individual à luz da solidariedade, ponderando os valores que compreendem o caso em concreto no momento, por exemplo, em que lhe for oportunizado divulgar, por meio das redes sociais, imagem de cunho depreciativo acerca de terceiro(s).

Será que estes que compartilham uma imagem acerca de terceiro(s), por meio das redes sociais, tais quais *sms*, *Whatsapp*, *Facebook*, *Instagram*, dentre outras, independentemente de conhecê-las ou não, independentemente de ser o “criador” da imagem ou não, de cujo caráter saiba ser inegavelmente depreciativo, estará incorrendo em um ato ilícito e ferindo o princípio da solidariedade, constitucionalmente assegurado no Brasil?

Neste momento fático é que entra a ótica solidária, por isso pergunta-se: Frente a essa situação, poderá o particular ter de reparar extrapatrimonialmente o cidadão que teve sua imagem violada? A resposta será abordada neste artigo.

2 APORTE HISTÓRICO-CONCEITUAL DA SOCIEDADE DO CONHECIMENTO OU DA INFORMAÇÃO OU ERA DIGITAL

Faz-se necessário uma breve abordagem da transição histórica tecnológica e suas transformações até a sociedade contemporânea a fim de localizar o particular no contexto midiático. Ao situar-se o cidadão neste ambiente virtual, verificar-se-á o empoderamento do mesmo, que sai de um sistema representativo das mídias tradicionais e passa a representar-se neste atualíssimo cenário da *web*, sem, contudo, lançar mão de responder pelos atos ali praticados.

Assim sendo, verificar-se-á a criação de novas oportunidades com o desenvolvimento da *internet* tendo transformado o convívio social e econômico. A *internet* surgiu no auge da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética (final dos anos de 1960) a partir de um projeto militar norte-americano que desejava uma rede forte o suficiente a suportar uma guerra de longa duração, sem perder a conexão, nem mesmo por um ataque nuclear (LIMA, 2016).

Antes mesmo da rede, foram criadas as mensagens eletrônicas, uma das principais ferramentas que antecederam a rede. Neste momento, sequer anexos eram remetidos, ficando os *e-mails* adstritos a textos puros, até que em meados de 1970, a *internet* passou a ser utilizada em universidades, visando difundir o conhecimento e permitindo o livre tráfego de dados (LIMA, 2016).

Em 1978, uma pessoa resolveu enviar um anúncio ofertando a venda de um computador – via *e-mail* – para 600 pessoas, tendo sido o primeiro *spam* – nome dado ao envio em massa de propaganda não autorizada pela *internet* (LIMA, 2016).

A *internet* seguiu sendo utilizada prioritariamente pelos centros de ensino, tendo sido criados os primeiros endereços com a terminação “com”. Em 1991, houve o lançamento de *hiperlinks* (*browser* ou navegador) e, em 1993, foi criado o navegador mais avançado, qual seja, *mosaic* (LIMA, 2016).

Após o amadurecimento deste, surgiu o primeiro grande provedor (AOL – *America On Line*) que disponibilizou conexão ao usuário comum, tendo dado origem à primeira revolução da *internet*, chamada de *internet* comercial (LIMA, 2016).

O primeiro grande *software* popular da *internet* ficou conhecido como *Netscape Navigator*, pois, com o crescimento da rede, as empresas precisaram aumentar o acesso de pessoas que utilizavam a ferramenta. Aqui persistia ainda a dificuldade de publicação de arquivos, pois era necessário conhecimento HTML e *softwares*, os quais permitiam transmitir a informação de um computador pessoal até um servidor. Somente entre 1999 e 2004 iniciou-se os fóruns de discussão, em que, por meio do botão “publicar”, permitia-se enviar uma informação, acarretando no famigerado nascedouro das redes sociais (LIMA, 2016).

A segunda grande revolução da *internet* ocorreu em 2004 com o surgimento das redes sociais (*Orkut e Facebook*), tornando os indivíduos facilmente vulneráveis a quaisquer tipos de informações postadas na rede, seja de forma positiva ou negativa (LIMA, 2016). Logo, aproximava-se da criação o primeiro *iPhone*, que ocorreu em 2007, momento em que se passou a permitir uma conexão real, como, por exemplo: na beira-mar de uma praia qualquer, em cima de uma colina longínqua, no interior do avião e, até mesmo, no banheiro residencial!

Com a evolução dos *smartphones* (sistema *android* produzido pelo *Google*), este tornou-se popular, sendo usado inclusive por crianças. E a evolução segue de forma acelerada no dia a dia brasileiro (LIMA, 2016).

Pode-se perceber, até aqui, que a linguagem, a sensibilidade, o conhecimento e a imaginação inventiva estão sendo remodelados, assim como a escrita, a leitura, a escuta, o jogo, a composição musical, a visão, a elaboração das imagens, a concepção, a perícia, o ensino e o aprendizado, permanecendo em constante reestruturação pelas novas configurações sociais provenientes dos inéditos dispositivos técnicos (LÉVY, 1998).

Na realidade, a ampliação do espaço público pela *internet* se dá no momento em que ela desloca o privilégio de acesso à publicação do qual sempre se beneficiaram os profissionais da política e jornalistas engajados, para a aparição dos amadores, ensejando na majoração participativa dos limites do debate público democrático, pois o discurso não fica sem resposta podendo ser comentado, validado ou desacreditado por pessoas outrora consideradas inaptas ou ignorantes (CARDON, 2012). Ou seja, os indivíduos se expõem uns frentes aos outros, ligando a vida pessoal deles as questões públicas, o que antes era “filtrado”.

A tecnologia está cada vez mais presente na vida das pessoas, a ponto de os processos comunicacionais integrarem a vida dos cidadãos, exigindo uma readaptação inclusive valorativa frente à conexão do ser humano com o mundo (BITENCOURTT, 2013).

Sabe-se que os processos comunicacionais das redes sociais são elos criativos da inteligência coletiva que, em sua essência, é onipresente e descentralizada, portanto, não obedecem aos insensatos detentores da informação oficial. Para tanto os processos comunicacionais poderão permitir uma maior participação popular dos cidadãos, já não passam pelo filtro das mídias tradicionais (BITENCOURTT, 2013).

Graças à *internet*, o público controlado emancipou-se e segue sendo um instrumento de luta contra a infantilização dos cidadãos em um regime que concede poderes aos indivíduos, nascendo o futuro da democracia (CARDON, 2012), sem olvidar-se de atentar às sábias palavras do Tio Bem, narradas por Lima (2016, p. 19) personagem do Homem-Aranha: “Grandes poderes trazem grandes responsabilidades”.

Frente ao supramencionado, percebe-se que as transformações não ocorreram do dia para à noite, pelo contrário, deu-se de forma paulatina frente a um mundo turvado

por aflição econômica, atrevimento político, vazio cultural e desencanto pessoal, “aquilo” apenas aconteceu e de repente ditaduras podiam ser derrubadas pelas mãos desarmadas do povo, mesmo que essas mãos estivessem ensanguentadas pelo sacrifício dos que caíram (CASTELLS, 2013).

Assevera-se que a sociedade da informação não se resume ao ambiente virtual, pois que os reflexos do acesso fácil à informação estão em todos os meios de comunicação e tem aprimorado o convívio social, colaborando para o progresso e facilitando o acesso à informação, inclusive para fins de celebração do ato e do negócio jurídico, estando os atores sociais, a revisitar todos os ramos do direito (LISBOA, 2016).

Assim como o homem precisou adaptar-se no decorrer da história da humanidade, atualmente as consequências da conectividade impõem novos modos de relacionamento às pessoas, pois as relações foram ampliadas pelas redes sociais que nada mais são do que espaços virtuais e reais de comunicação em qualquer lugar do planeta, a qualquer hora e com quaisquer pessoas.

Portanto, o internauta conta com os meios de selecionar as fontes de informação sem censuras, pois tem acesso direto aos atores e comentaristas da notícia. Há quem considere um ecossistema, e os indivíduos ou instituições são as fontes em que os usuários depositam ou não sua confiança, trazendo maior liberdade de expressão, oportunizando a escolha das fontes de informação e repaginando a liberdade de associação, no seio das comunidades em rede (LÉVY, 2011).

A participação ativa e responsável na esfera pública do século XXI é mais complexa e requer competências mais refinadas do que antes, exigindo, para tanto, a alfabetização para a inteligência coletiva na mídia digital, através de um novo estado de cultura em que se devem estabelecer prioridades, selecionar fontes, filtrar informação, para que se possa interagir de maneira civilizada por meio de conversas criativas neste novo espaço público, em que estes não são apenas autores, e sim potenciais editores, bibliotecários, curadores e críticos por conta de suas ações *online*, o que contribui para orientação dos outros participantes, criando assim uma estigmergia multidimensional e responsável dentro de um ambiente auto organizado, em que os indivíduos se comunicam uns com os outros mudando o ambiente (LÉVY, 2011).

Qualquer informação que está na mídia digital pertence, potencialmente, à esfera pública e precisa-se exigir uma troca de transparência junto aos atores políticos ou econômicos a fim de obter reciprocidade entre os participantes da comunicação, através de uma estratégia política de conquista e fidelização da opinião pública, transformando a comunicação municipal, estadual ou federal em processo de inteligência coletiva e, portanto, a opinião em conhecimento, cabendo aqui, distinguir o conhecimento de opinião, pois aquele se dá pelo processo de construção, já que está envolvido em um aprendizado de longo prazo (LÉVY, 2011).

Diante disso, a comunicação política irá aperfeiçoar seus métodos de categorização, filtragem, agregação e intercâmbio de dados *online*, utilizando métodos automatizados que explorem a inteligência coletiva das comunidades e das redes interpessoais, sejam elas militares, econômicas, políticas ou culturais, exigindo-se, para esse novo processo de alfabetização, que consideremos as qualidades humanas em conjunto com o desenvolvimento das tecnologias intelectuais e os modos de comunicação inéditos ubíquo na mídia digital (LÉVY, 2011).

O poder da transparência e da inteligência coletiva considera imagem, música, texto, tornando sensíveis as interações cognitivas complexas a fim de que os cidadãos do futuro aprendam a navegar suprindo suas necessidades informacionais para adquirir autonomia na atuação em rede (LÉVY, 2011).

Feito o apanhado histórico-conceitual sobre o surgimento da *internet* e suas transformações até a sociedade contemporânea, viu-se que essa nova tecnologia (*internet*) empodera os indivíduos, que passam a relacionar-se e representar-se neste novo cenário virtual, impingindo que todos os ramos do direito sejam revistos para assegurar a efetividade dos direitos constitucionais já consagrados.

Assim sendo, o fato das relações humanas terem sido ampliadas graças ao novo cenário virtual, em nada isenta o indivíduo de responder pelas ações ou omissões lá executadas, haja vista estarem submetidos ao mesmo ordenamento jurídico vigente. Portanto, essa conexão sem fronteira que proporciona a todos os indivíduos estarem conectados, via rede de computadores é real e, por isso, em nada os isenta de responderem pelos atos ilícitos “lá” praticados.

Frente a isso, procura-se responder se o “simples” fato de um particular não abster-se de compartilhar a imagem depreciativa atinente ao (s) terceiro (s), poderá vir a ser responsabilizado por danos extrapatrimoniais com base no princípio constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico?

3 NOÇÕES HISTÓRICO E CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Primeiramente, narrar-se-á um breve contexto histórico-conceitual acerca do princípio da solidariedade a fim de demonstrar que inúmeras batalhas travaram-se para se chegar aos direitos fundamentais, nos moldes atuais, que oportuniza o cidadão uma visão humana e social acerca do comportamento humano, sob pena de responsabilização.

Far-se-á uma distinção do que seja direito fundamental e direitos humanos, sendo o primeiro aplicado para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, enquanto o segundo guarda relação com o direito internacional, pois refere-se às posições jurídicas que se reconhecem ao ser

humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, tendo portanto uma validade universal (SARLET, 2003).

Após inúmeras batalhas no transcurso da história os fatos sociais e o Direito tenderam a evoluir e, por essa razão, a Constituição brasileira passou a adotar novos valores sociais, que superam o modelo anterior em que havia prevalência dos valores individuais.

A constitucionalização do Direito Privado vem a repaginar a forma de interpretação do ordenamento jurídico, ousando dizer que hoje a Constituição Federal integra o dia a dia do cidadão, pois que estes devem fazer valer os seus direitos.

Neste sentido, dever-se-á observar a supremacia do texto constitucional por todos os sujeitos, e não apenas pelo legislador ordinário, isso porque as normas constitucionais, além de indicarem os fundamentos e justificações de normatividade de valor interdisciplinar tanto das instituições jurídicas quanto dos institutos jurídicos, apontam parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e dos comportamentos, como princípios de relevância normativa nas relações intersubjetivas (PERLINGIERI, 2008).

O ordenamento jurídico é uno e complexo e os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na pluralidade das fontes de direito a fim de evitar que o sistema jurídico divida-se em ramos autônomos ou em microssistemas que não se comunicam entre si. Fragmentar o sistema é muito ruim, pois deixa o jurista acrítico e insensível ao projeto abrangente da sociedade (PERLINGIERI, 2008).

O princípio da solidariedade fomenta a humanização do ordenamento jurídico e está disposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Neste sentido, a eficácia irradiante dos direitos constitucionais nada mais é do que a base dos direitos fundamentais, que acaba por penetrar no ordenamento jurídico, regulamentando a interpretação das normas legais e, ainda, impulsionando diretrizes para o legislador (SARMENTO, 2004). Exatamente por isso ousa-se a dizer que a eficácia irradiante dos direitos constitucionais conduz a humanização da ordem jurídica.

Constata-se que essa eficácia irradiante tem reforçado os direitos fundamentais, razão pela qual poderá ser vista com um princípio que está acima dos outros.

Na Constituição da República Federativa do Brasil estão contidos os valores mais importantes da comunidade, valores consagrados pelos princípios constitucionais, que

espalham-se pelo o ordenamento jurídico vigente, com o objetivo de remodelar as normas e institutos.

Em face dessa construção, assevera Sarmiento (2004), não basta ao Estado abster-se de violar os direitos humanos conforme ocorria anteriormente quando do Estado liberal. Hoje, é preciso que ele aja de forma atuante e concreta a fim de proteger os cidadãos contra agressões e ameaças de terceiros, provenientes inclusive das relações privadas. Neste momento, visualiza-se facilmente a intersecção entre o Direito Público e o Direito Privado.

É imperioso destacar, também, que o princípio da solidariedade não tem nada ver com religião ou comportamento íntegro para com terceiros, pois, nos ditames contemporâneos, tem-se o dever de harmonizar os atos individuais à luz da solidariedade, desde as práticas mais simples, como, por exemplo, auxiliar uma senhora a atravessar a rua ou juntar sujeira no chão jogada por terceiros! Então, abster-se de compartilhar imagem de cunho pejorativo seja lá quem for o sujeito passivo que teve sua imagem violada é uma gentileza humana ou um dever do cidadão brasileiro proveniente do princípio da solidariedade?

Esse é ponto primordial, haja vista que o princípio constitucional da solidariedade, enquanto dever jurídico, obriga o particular a abster de imagem de cunho pejorativo, evitando assim propagar o ato ilícito recebido via *online*, sob pena de ser responsabilizado civilmente por dano extrapatrimonial, já que está ciente de que está ciente de que a imagem carrega consigo conteúdo que macula a imagem de outrem e, que, ao divulgá-la está a contribuir com a propagação do ato ilícito.

Desta feita, a solidariedade é um princípio destinado a materializar a dignidade da pessoa humana, cabendo ao indivíduo ponderar os valores entre a liberdade individual e a solidariedade. Por isso, percebe-se que o cidadão deverá cooperar cada vez mais, lançando mão do individualismo desmedido (REIS; KONRAD, 2015), devendo ter ciência de que ao optar pelo individualismo desmedido, poderá eventualmente sofrer sanções civis, administrativas e até penais, em face da inobservância de um preceito constitucional, qual seja, o princípio da solidariedade.

Neste sentido, Cardoso (2010) assevera que os cidadãos engajados nessa nova perspectiva de Estado social difuso, em que se reconheça a solidariedade como uma possível solução para uma sociedade desigual e injusta, a partir de uma visão que admita a dignidade da pessoa humana como um direito absoluto.

Por isso, fez-se necessária a explanação conceitual-histórica do princípio da solidariedade para explicitar porque poderá haver ou não uma responsabilização extrapatrimonial atinente ao compartilhamento de imagem de cunho pejorativo.

Assim sendo, caberá ao particular ponderar os valores entre a ampla e irrestrita liberdade individual ou mesclar essa liberdade individual à luz da solidariedade no exato

momento em que optar por compartilhar imagem de cunho depreciativo acerca de terceiro(s) ou optar por não compartilhar imagem de cunho depreciativo acerca de terceiro(s), evitando incorrer numa prática ilícita, qual seja, dar continuidade a divulgação cujo conteúdo macula imagem de outrem.

Para tanto, é poder/dever de este particular fazer o sopesamento dos valores envolvidos, colocando-se no lugar daquele cidadão que teve sua imagem violada e, após, tomar a decisão mais acertada. Deverá ou não ele abster-se de compartilhar a foto de um sujeito que teve sua imagem violada?

O particular deverá decidir sob pena de incidir em um ilícito civil, para dizer mínimo, haja vista que poderá também acarretar danos em outras esferas, como na penal, por exemplo, como já ocorreu na cidade de Veranópolis, na serra gaúcha do Estado do Rio Grande do Sul, em que a vítima cometeu o suicídio após cientificar-se do compartilhamento pelas redes sociais de fotos nas quais aparecia com os seios à mostra (ILHA, 2013).

Assim sendo, poderá o indivíduo ter de reparar moralmente o cidadão que teve sua imagem violada pelo “simples” fato de decidir compartilhar a imagem de cunho pejorativo, por meio de uma ferramenta tecnológica, como, por exemplo, o *Facebook*? A resposta será abordada no capítulo a seguir, em que se conceituará a responsabilidade civil extrapatrimonial do particular e o direito de imagem.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EXTRAPATRIMONIAL DO PARTICULAR

O objetivo principal do presente artigo é verificar se é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade, enquanto dever jurídico, responsabilizar civilmente por dano extrapatrimonial o particular que, ciente da divulgação de imagem de cunho pejorativo, compartilha por meio das redes sociais e contribui na disseminação da divulgação da imagem que denigre terceiro(s).

Após situar-se o cidadão na sociedade informacional e, cientificar-se de que é dever constitucional rumar para uma sociedade justa e solidária, verificar-se-á se é possível que o particular tenha de reparar civilmente o terceiro que restou vitimado pela disseminação da imagem dele, por meio do compartilhamento da imagem via rede de computadores, cujo conteúdo era desabonador.

Não se pode olvidar de esclarecer, contudo, acerca do tipo dano que será reparado, já que alguns autores, assim como Costa (2009), criticam a utilização da expressão dano moral para designar todas as espécies do gênero “dano extrapatrimonial”, para tanto, esclarecer-se-á a correta denominação.

A cultura brasileira aplica a expressão dano moral para aludir a integralidade das espécies de danos não patrimoniais, o que é claramente mencionado no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988 e no art. 186 do Código Civil e da legislação especial (COSTA, 2009).

O artigo 5º da Constituição Federal/1988 dispõe que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim sendo, percebe-se que a Constituição Federal assegura não só aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade da honra e imagem das pessoas prevendo a indenização por dano “moral” no caso da não observância da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

A partir da denominação constitucional “dano moral” apreende-se que o mesmo nome é aplicado por grande parte da doutrina e da jurisprudência, encontrando-se “a distinção seja entre danos morais subjetivos e objetivos, seja entre danos morais diretos ou indiretos para especificar aqueles que dizem respeito diretamente à esfera da mais direta subjetividade e o que atinem à repercussão social da esfera da personalidade” (COSTA, 2009, p. 467/468).

No mesmo sentido prevê o art. 186 do Código Civil o mesmo direito de reparação, sem, contudo, atentar-se para a correta denominação, já que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Entretanto, a maioria da doutrina contemporânea tem adotado a denominação “danos extrapatrimoniais” no intuito de acabar com a expressão “dano moral” que retrata os danos de forma específica. Tal critério hermenêutico consegue indicar por meio da denominação “danos extrapatrimoniais” o gênero dos danos. A partir deste gênero, surgem diferentes violações, sendo um dano atinente à personalidade e os demais danos extrapatrimoniais, inclusive os danos morais em sentido próprio, que são aqueles que atingem a honra e a reputação do sujeito violado (COSTA, 2009).

Tal distinção justifica-se, pois a expressão “dano moral” tem sido usada para casos em que o dano provoca aflição, angústia, padecimento na esfera da espiritualidade e com isso não é necessário tamanho sofrimento, bastando, para tanto, que se dê o suporte fático da incidência da regra da responsabilidade (COSTA, 2009).

A incorreta denominação pode dificultar a visualização do dano, conforme o caso em concreto apresentado no presente artigo, em que a vítima tem o seu direito de imagem e reputação alastrada publicamente nas redes sociais, por meio de imagem cujo conteúdo seja depreciativo. Neste caso, estar-se-á diante de uma situação que por si só pende de reparação extrapatrimonial, sem que seja necessária a comprovação da dor, pelo fato de ter incidido no suporte fático da regra da responsabilidade.

Frisa-se, ainda, que quanto ao direito à imagem, a legislação brasileira maneja uma proteção especial ao proibir a utilização não autorizada da imagem de alguém conferindo à vítima, inclusive, o direito de pleitear na justiça a interrupção do ato abusivo ou ilegal, sem prejuízo de reparar o dano extrapatrimonial.

Como regra geral, o direito objetivo vigente assegura ao indivíduo o direito à intimidade sendo facultado ao interessado requerer a proibição da utilização da imagem de uma pessoa. E mais, se essa vítima for alvejada em sua honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais poderá pleitear frente ao Poder Judiciário uma indenização por danos extrapatrimoniais no que lhe couber (VENOSA, 2007).

Com base nos fundamentos supramencionados, o particular poderá ser responsabilizado a efetuar um pagamento ao terceiro, por conta da reparação, sob a forma de compensação, do dano extrapatrimonial de índole psíquica que o terceiro experimentou em razão do particular não se abster de compartilhar nas redes sociais imagem de cunho pejorativo contra terceiro(s), deixando de lado o dever de agir de forma solidária, princípio constitucional assegurado, acabando por disseminar a violação da imagem do(s) cidadão(s) envolvidos e, também, porque o direito à imagem maneja uma proteção especial.

Com efeito, nessa última hipótese estar-se-á diante de uma conduta comissiva, dolosa, ou, no mínimo, culposa, do particular, que desatende o princípio constitucional de solidariedade, da qual resultam danos, no mínimo extrapatrimoniais, nos moldes e para os efeitos dos artigos 186, 187 e 927, *caput*, todos do Código Civil.

Ainda nesse contexto, cita-se decisão judicial na esfera trabalhista em que o magistrado fundamenta a denominação de “dano moral” como espécie de “dano extrapatrimonial”:

A expressão dano moral *stricto sensu* deveria ser reservada para designação dos danos pessoais (puros) que implicam lesões de valores ligados à pessoa humana no aspecto moral propriamente dito, a exemplo da imagem que a pessoa possui no meio social em que se insere (LUNARDI, 2017).

Poder-se ia dizer que aflição e dor são adjetivos válidos para caracterizarem o estado de espírito do terceiro que, a despeito de estar coberto por um direito constitucional,

teve seu direito de imagem violado. Portanto, a situação apresentada é de ordem pessoal de índole psíquica, a qual prescinde de “comprovação”, por se apresentar *in re ipsa*.

Da mesma forma, Monteiro (2007, p. 99) afirma:

[...] os danos decorrentes de ofensa aos direitos da personalidade dispensam comprovação, tão evidente em geral e sua ocorrência. A dor moral tem caráter eminentemente subjetivo, presumindo-se tenha efetivamente ocorrido em face das circunstâncias verificadas e invocadas, não sendo de desconsiderar as condições pessoais do ofendido. No caso de óbito, perda do ente querido, se provocada por terceiro, impõe-se a compensação pecuniária, para que de forma mais reconfortante possam os familiares reverenciar a memória do falecido e mais facilmente mitigar a dor sofrida.

Assim sendo, o “simples” compartilhamento da imagem pejorativa acerca de terceiro(s), já dá direito a reparação sem necessidade de comprovação da dor ou aflição da vítima(s), pois a violação da imagem por si só incide no suporte fático do dever de responsabilidade.

Cabe ressaltar, segundo Werle (2016), que o fundamento da responsabilidade civil deve estar ligado ao princípio da solidariedade, que provém da Constituição Federal de 1988, atualmente, entendido como um dever jurídico fundamental que proporciona a máxima proteção aos direitos fundamentais, assegurado ao lesado a reparação do dano.

Conclui-se que é possível responsabilizar civilmente por dano extrapatrimonial o particular que, ciente da divulgação de imagem desabonadora, não se abstém de compartilhá-la por meio das redes sociais, restando por disseminar a violação da imagem do(s) terceiro(s) envolvido(s), notadamente, fundamentado no princípio constitucional da solidariedade, que gera um dever jurídico entre as pessoas e, também, porque o direito à imagem maneja uma proteção especial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato é que a transição tecnológica e as suas transformações acabaram por modificar as relações sociais e com isso, inúmeros vácuos foram gerados no contexto da Sociedade da Informação ou Sociedade em Rede, os quais deverão ser superados pelos seres humanos por meio da harmonia entre tecnologia e direitos fundamentais, incrementando-se, assim, o ordenamento jurídico contemporâneo.

O fato de as relações humanas terem sido ampliadas graças ao novo cenário virtual não isenta o indivíduo de responder pelas ações ou omissões “lá” executadas, haja vista estarem submetidos ao ordenamento jurídico vigente, que aponta para o dever de

reparar os danos causados pelo ato ilícito praticado. Portanto, essa conexão sem fronteira proporcionada a todos indivíduos, via rede de computadores, é real e, por isso, não isenta o causador do ato ilícito do dever de reparar o dano.

A constitucionalização do Direito Privado vem repaginando a forma de interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional, ousando-se dizer que, hoje, a Constituição Federal integra o dia a dia do cidadão, que por meio dela faz valer os seus direitos levando sempre em consideração uma ótica solidária e social.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, conclui-se que é possível responsabilizar civilmente por dano extrapatrimonial o particular que, ciente da divulgação de imagem de cunho pejorativo, por meio de redes sociais, não se abstém de compartilhá-la, restando por violar a imagem do(s) terceiro(s) envolvido(s), forte no princípio constitucional da solidariedade, o qual gera um dever jurídico entre os cidadãos e, também, porque o direito à imagem maneja uma proteção especial a todos nós.

REFERÊNCIAS

BITENCOURTT, Renato Nunes. **A multidão eletrônica e a ubiquidade do seu poder transformador**. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2013.

CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2012.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2010.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COSTA, Judith Martins. In: **Comentários ao novo código civil**, Volume V, Tomo II. 2. ed. São Paulo: Forense, 2009.

ILHA, Flávio. Jovem comete suicídio depois de ter fotos íntimas vazadas na internet. **O Globo**, 20 nov. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/jovem-comete-suicidio-depois-de-ter-fotos-intimas-vazadas-na-internet-10831415>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

LÉVY, Pierre. **A máquina universo**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

_____. **A esfera pública do século XXI**. Techyresdes: 2011

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência**. Curitiba: Appris, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento: maio de 2016. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direitonasociedadedainformacao-4.pdf>. Acessado em: 10 out. 2016. Acesso em mar 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

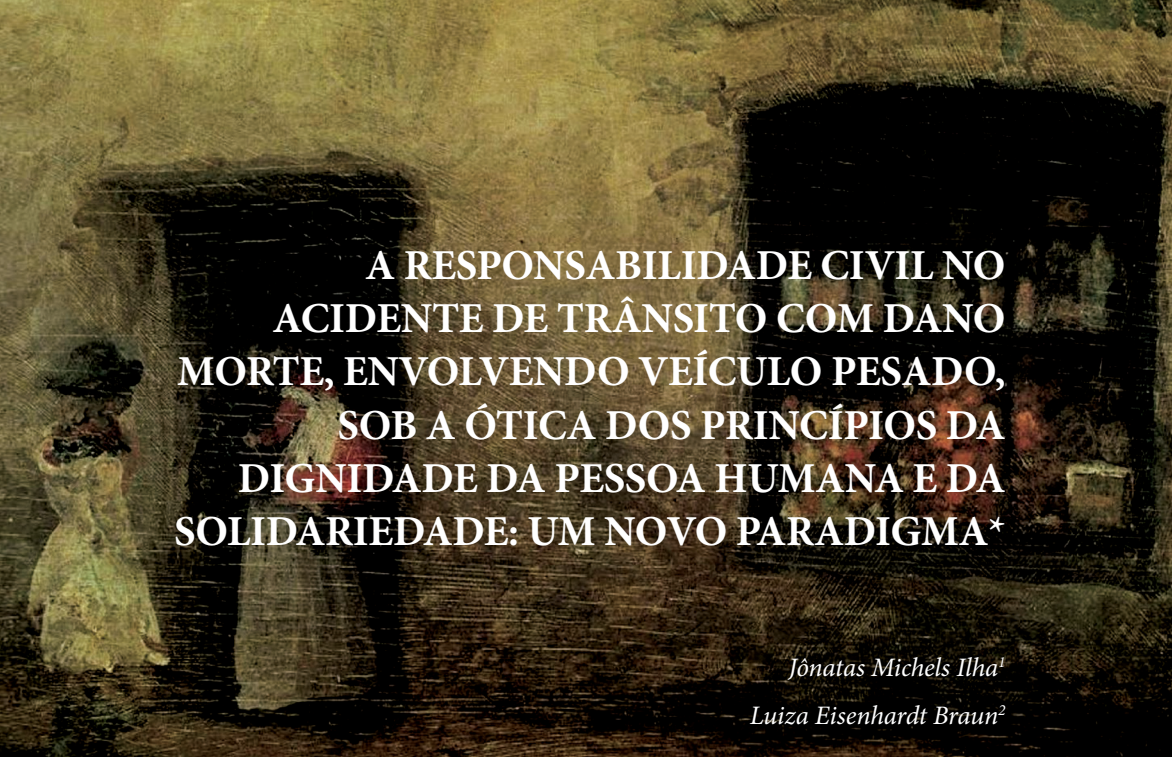
REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, n. 1, jan./abr. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Sentença nº /RS. Juiz: LUNARDI, Alexandre Schuh. Publicado 31/08/2017. Disponível em: <<https://extranet.trt4.jus.br/portal/authsec/portal/intranet/consultas/sentencas>>. Acesso em: 28 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil parte geral. São Paulo: Atlas, 2007. In: **Comentários ao novo código civil**, Volume V, Tomo II. 2.ed. São Paulo: Forense, 2009.

WERLE, Caroline Cristiane. **A (ir)responsabilidade civil por dano moral e/ou material nos casos de declaração de interrupção da gravidez sob a perspectiva do princípio constitucional da solidariedade**. Publicado em 2016. Dissertação disponível em: <<http://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1606/1/Caroline%20Cristiane%20Werle.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DE TRÂNSITO COM DANO MORTE, ENVOLVENDO VEÍCULO PESADO, SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE: UM NOVO PARADIGMA*

Jônatas Michels Ilha¹

Luiza Eisenhardt Braun²

RESUMO

Este artigo trata da análise da responsabilidade civil sob a ótica da constitucionalização do direito privado, calcado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, considerando-se relevante pelo fato de que a responsabilidade civil é instituto utilizado para dirimir as questões da vida moderna quando há dano e o dever da reparação. É também pertinente pela análise de uma nova visão da responsabilidade civil por morte em acidentes envolvendo veículos pesados, em que os princípios supracitados acarretam uma mudança do foco para o dano injusto causado, em detrimento do ato ilícito. O problema enfoca o modo como se dá a leitura constitucional do instituto da responsabilidade civil, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Pretende-se, com a presente pesquisa, analisar o instituto da responsabilidade civil e a influência sofrida por ele com a constitucionalização do direito privado; os objetivos específicos são conhecer os aspectos gerais da responsabilidade civil, abordar o processo de constitucionalização do direito privado como um todo e, por fim, analisar as intersecções entre o direito privado de responsabilidade civil pelo dano morte e sua constitucionalização. O método de abordagem será o dedutivo e

1 *Este artigo é resultado de pesquisas realizados junto ao grupo de pesquisa Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do PPGD da UNISC e ao CNPq, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis.

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pela UNISC e IRIB. Membro do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC. Advogado. E-mail: jonatasilha@yahoo.com

2 Graduada do Curso de Direito – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC. E-mail: luizaeise@hotmail.com

o procedimento consiste no monográfico, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica. A pesquisa envolveu o levantamento e análise de obras pesquisadas no Portal de Periódicos da Capes, análise da Constituição Federal de 1988, livros especializados e artigos científicos em obras organizadas. Os resultados alcançados indicam que há um novo paradigma na forma de abordar o instituto da responsabilidade civil, notadamente pela ótica da dignidade humana e da solidariedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; dignidade humana; constitucionalização do direito privado; responsabilidade civil; solidariedade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a responsabilidade civil, dando maior ênfase na sua aplicação em acidentes de trânsito com dano-morte, envolvendo veículo pesado, sob a ótica da constitucionalização do direito privado, calcado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a fim de investigar como se dá a leitura constitucional do tradicional instituto privado da responsabilidade civil, abordando os avanços já ocorridos e novos paradigmas a porvir.

Inicialmente, no primeiro capítulo da pesquisa, se abordará os aspectos históricos e filosóficos da responsabilidade civil na sua concepção tradicional, e uma abordagem do acidente de trânsito, com dano morte, envolvendo veículo pesado. Já no segundo capítulo, será analisado o processo de constitucionalização do direito privado como um todo, em breves aspectos históricos e filosóficos, assentando acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, para, ao fim e a cabo, analisar as intersecções entre o direito privado de responsabilidade civil no acidente de trânsito pelo dano morte, envolvendo veículo pesado, e sua constitucionalização, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, surgindo um novo paradigma.

O presente estudo se justifica por conta da responsabilidade civil ser instituto utilizado diariamente para dirimir as questões da vida moderna, quando constituído um dano e o dever da reparação. Neste trabalho se analisará a responsabilidade civil especificamente no tocante ao evento morte em acidente de trânsito, o que torna o tema ainda mais interessante, pela complexidade de entendimentos acerca do assunto e, em especial, pelo profundo giro interpretativo do instituto da responsabilidade civil, à luz da Constituição de 1988, numa nova visão, com profundas modificações e também novos paradigmas.

No tocante à metodologia, se adotou o método de abordagem. O procedimento empregado será o monográfico, e, por sua vez, na técnica de pesquisa, será utilizada documentação indireta, buscando-se elementos para a investigação do tema em biblio-

grafia de fontes, notadamente em livros, revistas especializadas e na legislação atinente à matéria.

Por fim, ao se debruçar sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como no direito à vida, ao analisar-se o dano morte e sua reparação civil em acidentes automobilísticos, está-se a falar de Direitos Fundamentais, encaixando-se no eixo “Direitos Fundamentais e Inclusão Social”.

2 DO MODELO TRADICIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ACIDENTE DE TRÂNSITO COM DANO MORTE

É da natureza humana a concepção de dar resposta ao ato ou omissão que tenha causado algum dano à terceiro. Só assim se constrói a ideia de responsabilidade perante a vida e os alheios bens jurídicos protegidos.

A responsabilidade civil é um sistema de composição de danos, que deve dar respostas para os eventos da vida, com eficácia e técnica, dentro da teoria do dano (SEVERO, 1996), podendo-se remeter à máxima do Direito Romano, na expressão *ne-minem laedere*, tanto em situações absolutas, que valem para todos, como em casos específicos, de quem detenha algum poder que possa prejudicar o outro (CAVALIERI FILHO, 2012).

O ato ilícito é a lesão antijurídica e culposa do que deveria ser observado por todos. Tradicionalmente, a culpa do agir no ato ilícito é que gera a obrigação de indenizar, de reparar, de colocar a vítima na situação em que estava anteriormente à ocorrência do fato danoso (CAVALIERI FILHO, 2012), uma vez que no nosso ordenamento jurídico o ato ilícito se qualifica pela culpa, se constituindo pela prática culposa em desacordo com a norma jurídica, que se destina à proteção de interesses alheios (DINIZ, 2004).

Tão elevada é a consideração dada à culpa, que conforme traz Cavalieri Filho (2012, p. 9) “se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito”. Segue o autor dizendo que a noção conceitual de culpa, em *lato sensu*, abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, quando intencional é caso de dolo, e tencional, caso de culpa (CAVALIERI FILHO, 2012).

Algumas questões conceituais da responsabilidade civil são importantes destacar. Há de se distinguir entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Cada uma carrega certa carga exclusiva de normatividade e conceitos, importantes para definir a postura e adequação da sua reparação.

Na responsabilidade subjetiva se leva em consideração a conduta culposa do agente, se tenha agido por ação, omissão, negligência ou imperícia, somado ao nexos causal e propriamente ao dano a outrem (CAVALIERI FILHO, 2012). Já no caso da respon-

sabilidade objetiva (VENOSA, 2010), esta se dá pela potencialidade de ocasionar danos, independentemente da culpa, numa atividade ou conduta que por si só resulta na exposição a um perigo. Todavia, a teoria da responsabilidade objetiva não é admitida de forma geral, devendo ser fundada na lei ou em outro enfoque legal.

Por longa data a promoção do patrimônio foi o foco central do direito civil de forma geral, e a responsabilidade civil, como instituto desse ramo do direito, não ficou de fora dessa ideia, em que a *tutela do ter* era o condão de toda sua leitura. Esta postura de proteção e, tamanha importância prestada aos bens patrimoniais, se dava num momento histórico do Estado Liberal burguês, no qual a burguesia buscava a segurança jurídica, surgindo o princípio da legalidade, e o da igualdade perante a lei. Neste espaço, a responsabilidade civil era pensada na premissa da dualidade: crime e castigo, erigido no critério de reparação pela culpa (CATALAN, 2013).

No Brasil, no Código de 1916, a atuação seguiu a mesma lógica do Estado burguês, de cunho individualista, que preferiu a tranquilidade jurídica ao invés da justiça material, forjado pelos anseios dos proprietários, mencionando “sobre os que têm”, e a preocupação com a proteção destes, em detrimento da pessoa humana. Os aspectos econômicos ligados à propriedade privada se sobrepujaram a dignidade da pessoa humana (CATALAN, 2013). Outrossim, vejamos:

Esse individualismo estava recheado de materialismo da vida. O Código Civil francês não permitia uma interpretação sistemática, a ensejar ampla proteção ao ser humano como um valor, um bem jurídico eminentemente superior a qualquer outro bem e, por isso, indenizável quando atingido em suas afeições legítimas (SANTOS, 2001, p. 48).

Insta dizer, época de destrato ao homem enquanto homem. Valia-se pelos seus valores materiais. Prestigiavam-se entre si a propriedade material, a liberdade fictícia de uso e gozo dos bens (para quem os têm, é claro), e da igualdade perante a lei. Nada podia dizer o intérprete, nem a sociedade, nem o direito. A lei iguala a todos, e todos então são iguais em condições e “direitos”, nada se vê de preocupação com a solidariedade social, proteção dos mais fracos e promoção da dignidade.

Quanto aos efeitos da sentença criminal no campo cível, no sistema jurídico brasileiro, conforme menciona Marmitt (2004), há a dualidade processual em casos de acidente de trânsito com morte. Existe o processo penal, que culminará em sentença condenatória ou absolutória e, por outro lado, independente, é o processo civil de eventual dever de indenizar.

Em outros sistemas mundo afora os processos são unos, porém, no nosso sistema, além de não ser juntos, um não interfere no outro, ou melhor, nem uma sentença de

um pode interferir no outro processo. Inclusive, como traz o autor, em alguns casos há sentença absolutória, por algum motivo específico, muitas vezes processual e não material, até porque o sistema penal é para o réu e não para o crime em si; e, por outro lado, existe a condenação cível, culminando na indenização patrimonial ou extrapatrimonial. Ou seja, mesmo a sentença absolutória não isenta o infrator de responsabilidade.

Na seara cível, o Código Civil brasileiro prevê no seu artigo 948 que nos casos de homicídio deve haver indenização patrimonial à família da vítima. Também os artigos 186 e 927 do mesmo Código trazem o dever de indenizar, baseado na culpa, pelo ato ilícito cometido, ou em casos específicos (responsabilidade objetiva), sem necessitar demonstrar culpa. Conforme assevera Marmitt, (2004), a preocupação sempre foi a de indenizar uma bicicleta, uma carroça, um bem material qualquer, mas aqueles bens mais caros ao ser humano, como a dignidade, a honra, a imagem, tradicionalmente não mereceram a devida atenção.

É evidente que os danos não se restringem somente ao patrimônio material de uma pessoa, mas, antes, existem valores outros que podem ser usurpados e, por conseguinte, reparados. Pode haver ofensa do dano moral, considerado direto, que atente diretamente nos direitos da personalidade, como a vida, integridade corporal e psíquica, liberdade, honra, intimidade, imagem, etc. De outro lado, também existe o dano moral chamado de indireto, que trata do fato lesivo a um interesse patrimonial, mas que repercute no espectro moral da pessoa (DINIZ, 2004).

Não é razoável pensar que se deva indenizar qualquer perda de bem material e o bem mais precioso, que é a vida, todavia. Sobre isso, afirma Cahali (2000, p. 111) que “seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido [...], desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção”.

Os bens considerados imateriais do homem, como a paz, a tranquilidade, a honra, dentre outros, também merecem atenção no tema da responsabilidade civil, vez que não raro se incorra na sua transgressão (CAHALI, 2000). Assim se preocupou a Constituição de 1988, que trouxe a previsão expressa da ofensa exclusivamente moral e o seu dever de reparação, como leciona o grande civilista, Venosa (2010, p. 3):

Vê-se, portanto, que foi acrescentada a possibilidade de indenização pelos danos exclusivamente moral, como fora apontado pela Constituição de 1988, algo de há muito reclamado pela sociedade e pela doutrina e sistematicamente repellido até então pelos tribunais.

Aqui se faz importante o dever de reparação, pois possui o caráter exemplar ou punitivo, como resposta ao comportamento do ofensor, e também como defesa dos inte-

resses relevantes socialmente (SEVERO, 1996), pois o dano causado rompe o equilíbrio jurídico anteriormente existente entre agente e vítima, havendo nos dizeres de Cavalieri Filho (2012) uma necessidade fundamental de se restabelecer tal equilíbrio, na proporção do dano. Senão vejamos:

Uma música bonita satisfaz o sentido da audição, um belo ato produz em quem o realiza uma satisfação moral, o bom êxito científico é origem para o sábio de gozos intelectuais. Tudo isso pode ser conseguido ou ajudado a conseguir com o dinheiro. A função desde, de par ao motivo dos danos morais produzidos e da reparação devida, cujo objeto seria o restabelecimento da situação moral anterior, pela colocação em paz das penas, das inquietações, das aflições, das feridas causadas às afeições legítimas, das dores morais produzidas pelo agravo físico ou moral, não seria a de substituir o dano por seu equivalente em dinheiro por ser este e aquele de distinta natureza, senão a de dar à vítima um meio adequado para fazer desaparecer ou, pelo menos, para neutralizar ou, sequer seja, para atenuar seus efeitos (SANTOS, 2001, p. 60).

Pela inviolabilidade da vida humana é certo que pela morte de uma pessoa se constitui o dano moral. Claro que se tratará de dano moral não à vítima, vez que a personalidade jurídica cessa com a morte, mas aos parentes da vítima que sofrem o dano moral, causada pela dor, tristeza, angústia, desespero, etc. O evento morte termina com o dom da vida, impedindo tanto a vítima, quanto os seus, de viverem a vida, como direito máximo. O que se indeniza é a perda do partilhar, decorrência do evento morte (SANTOS, 2001), pois o luto gera profunda dor e violenta depressão, na certeza de que lhe aconteceu “o maior e o mais irremediável dos males”, consoante assevera Marmitt (2004, p. 127).

Por isso, segue Jeová Santos (2001), outro detalhe interessante é que independe se a pessoa falecida era produtiva, pai de família, se deixou dependentes, etc. Na verdade, mesmo um jovem em tenra idade, ou um idoso aposentado sem dependente algum, por sua morte é cabível indenização, embora, é claro, o aspecto produtivo guarde relação com o dano patrimonial. Porém, a vida humana tirada sempre acarretará em danos, independentemente se de alguém com dias de vida ou no fim dela. Para constituir-se dano, e o dever de indenização, não há necessidade que a vítima seja dependente de modo algum do falecido, pois a brusca interrupção do viver não depende da atividade da vítima, pois as consequências espirituais e materiais se impõem.

Não é dizer que o dinheiro vai devolver a vida de quem a perdeu. Nem que cifras livrarão os familiares do sofrimento e dor. Mas sim, se pode destacar, que o ser humano, por ser um ser material, ligado à matéria do mundo, por mais supérfluo que seja, consegue se regozijar e amenizar, pelo menos um pouco, a dor e o desespero, com objetos também materiais. Fato é que nem na psicologia, nem na sociologia, filosofia ou teologia

existem fórmulas de impedir o sofrimento alheio, ou de si próprio; todos os esforços, no entanto, são válidos e necessários para tentativa de paz espiritual, mesmo que seja pelo entretenimento e, até mesmo, condições de tratamento psicológico, que o dinheiro possa proporcionar, ou propriamente a sensação de justiça em face do agressor, pois o fato de fazer com que uma empresa, por exemplo, que busca o lucro nas estradas, tenha que refletir sobre seus meios empregados, ao ter que indenizar uma família em dinheiro, em oposição ao seu objetivo principal de lucro, já altera alguma coisa na ordem atual.

No próximo capítulo será abordado acerca da constitucionalização do direito privado e a concretização da Constituição Federal nas relações privadas.

3 DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PRIVADO

Após séculos de vigência do Absolutismo, regime no qual o rei possuía poder ilimitado e, entre o povo, não existiam direitos individuais, surge o Estado Liberal-individualista, inaugurado na Revolução Francesa do fim do século XVIII sob os conceitos de “liberdade, igualdade e fraternidade”. Dona de um sistema jurídico centrado em códigos oitocentistas, nos quais o fundamento primordial era a liberdade individual para ser proprietário, essa organização possuía também como epicentro a não intervenção do Estado nas relações entre particulares, o que acarretou, em um período posterior, consoante Reis (2009), na submissão do economicamente mais fraco ao mais forte, associação de cunho exploratório.

Desse modo, mesmo com o pretexto de igualdade perante a lei, pessoas se sujeitavam a cotidianos por vezes avassaladores, uma vez que eram suas únicas opções frente a insuficiência de garantias fundamentais. A intervenção estatal no ambiente privado tornou-se, conseqüentemente, imprescindível para reconquistar a ordem social. Essa se iniciou no Brasil com os chamados microssistemas jurídicos retirados do Código Civil e, após isso, modificados, constituindo tal procedimento a publicização do direito privado, e, finalmente, consagrou-se na promulgação da Constituição Federal de 1988 e seu estabelecimento como norma superior, seguida pela constitucionalização do direito privado, sendo esse processo a exigência de que toda a legislação infraconstitucional deve estar de acordo com o que nela está escrito (REIS, 2009). Nesse âmbito, nascem os princípios constitucionais, norteadores de toda a ordenação jurídica do país, que colocam, com justa causa, a pessoa humana como epicentro de tal sistema (FACHIN, 2010), no qual o Estado, divergentemente do que ocorria no Estado Liberal, aparece como órgão de uma postura ativa, já que deve proteger integralmente os direitos fundamentais do cidadão (SARLET, 2000) determinados pelos fundamentos superiores consagrados na Carta Magna.

Deve-se compreender a partir disso, todavia, que a constitucionalização do direito privado é algo muito recente, especialmente ao compará-la com o tempo em que a centralização do sistema jurídico era feita a partir do direito civil, sendo ela não somente um critério hermenêutico formal, mas uma etapa importante do processo de transformação e de mudanças de paradigmas no ramo do direito civil no Estado Democrático de Direito (LÔBO, 1999). Devido a esse fato, Moraes (2006) pondera que a interpretação-aplicação a partir da alteração do predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais dos institutos clássicos do direito privado ainda não está totalmente realizada.

Outra causa para a interpretação-aplicação incompleta é o fato de que o novo modelo constitucional adotado é análogo ao da Declaração Universal dos Direitos Humanos publicada pela ONU em 1948, baseando-se de modo central no princípio da dignidade da pessoa humana, que consta no Art. 1º, III da Constituição Federal, considerado por Sarlet (2001, p. 40) como “[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, [...] irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal [...]”. O autor afirma, entretanto, que esse princípio não pode ser conceituado de maneira fixista, devido à pluralidade e diversidade de valores nas sociedades democráticas contemporâneas. A dignidade da pessoa humana também está diretamente relacionada com os direitos fundamentais constitucionalizados, como será explicitado posteriormente.

No que toca aos princípios constitucionais envolvidos, importa trazer José Afonso da Silva (2011), que alega a existência de correntes distintas de princípios constitucionais, podendo variar desde aqueles relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado, até os que tratam da organização da sociedade e do regime político. As duas últimas categorias, de acordo com o autor, são concomitantemente princípios fundamentais do direito constitucional, uma vez que traduzem-se em normas-sínteses contendo as decisões políticas fundamentais empregadas pelo constituinte na Lei Fundamental.

Dentro desse leque de princípios fundamentais constitucionais, os que apresentam suma importância para a progressiva eficácia da constitucionalização do direito privado, sendo intrínseco considerá-los ao interpretar e aplicar quaisquer normas infraconstitucionais, são o princípio da dignidade da pessoa humana supracitado e o princípio da solidariedade.

A ideia de solidariedade e também dignidade da pessoa humana, a exemplo de outros conceitos como liberdade e igualdade, surge, originalmente, de conceitos morais (STEINMETZ, 2004), e no decorrer da história foram ganhando projeção jurídico-constitucional sobre todo o ordenamento jurídico como um todo, com as racionalizações jurídicas que os tornam operativos.

A dignidade da pessoa humana é, para Sarlet (2001), a autonomia e o direito à capacidade que cada indivíduo contém de autodeterminar sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto.

Encontrado na origem dos direitos materialmente fundamentais, ou seja, todos aqueles presentes no art. 5º da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial de cada um deles e identifica um espaço de integridade a ser assegurado para todas as pessoas pelo simples fato de existirem, como a tutela da liberdade, da igualdade e a promoção da justiça (BARROSO, 2011).

Entende-se com essa concepção que se a alguém lhe é negado os direitos fundamentais, lhe é negado também a própria dignidade; passa a ser, então, necessária uma *práxis* na qual o princípio da dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa a serem cumpridas pelo Estado e também pela comunidade em geral (SARLET, 2001). Juridicamente, o comportamento de corresponsabilidade nas relações de particulares entre si e particulares e o Estado é ligado ao princípio da solidariedade, que consta no Art. 3º, I da Carta Magna. Ele surge, para Quintana e Reis (2017), como objeto de potencialização e concretização do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana. Corroborando tal assertiva, Cardoso (2012, p. 14) implica que:

[...] é esta a proposta da solidariedade: calibrar o direito e as instituições por ele reguladas à consumação plena do valor da dignidade, pois já não era cedo quando o intérprete da norma jurídica percebeu que esta não poderia continuar a se distanciar dos problemas sociais, pois o direito foi criado para atender aos interesses individuais, coletivos e difusos, de forma compatibilizada, e não o contrário.

O princípio da solidariedade apresenta-se também como objetivo do Estado, visando reunir todas as pessoas sob uma perspectiva de bem comum e de dever recíproco entre as pessoas, sendo dever estatal garantir que esse processo de convivência harmônica entre os cidadãos seja, com efeito, realizado (QUINTANA; REIS, 2017). É necessário, além disso, levar em conta que o valor da solidariedade não se limita ao âmbito das instituições públicas; ele age, também, sobre as instituições e relações particulares (CARDOSO, 2012), sendo, para Ziemann (2017, p. 107), “[...] ultrapassado acreditar que somente o Estado é responsável pela salvaguarda dos interesses coletivos”.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se voltou à promoção da igualdade substancial, tendo que interferir em certa medida no âmbito da liberdade econômica, limitando a vontade dos particulares para realizar o princípio da solidariedade sócia (ZIEMANN, 2017), e a consequente constitucionalização do direito privado comentada no capítulo 3, os princípios constitucionais e até mesmo os direitos fundamentais, uma vez que são desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, iniciaram seu papel também como critério hermenêutico (embora não devam ser restringidos a essa única função, como foi dito anteriormente) para avaliar qualquer ato praticado juridicamente. Ocorre, portanto, a repersonalização do direito privado, na qual o indivíduo

é recolocado no topo da proteção desse ramo do direito (REIS, 2009). Como consequência, o Código Civil deixa de ser a “espinha dorsal” do Direito Privado (FACHIN, 2008).

Assim, conforme Moraes (2006, p. 234), “a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos”. Steinmetz (2004), ao analisar a interferência dos princípios constitucionais nas relações privadas, declara que a dignidade da pessoa humana, além de vincular-se com os poderes públicos, faz o mesmo, ao menos principiologicamente, com os particulares, em esferas de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente, esferas nas quais predomina a ação dos particulares. Em suma, para que haja maior respeito à promoção da dignidade humana em todos os âmbitos da vida social, é imprescindível a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Ao mover-se para a análise do princípio da solidariedade, entretanto, o autor explicita que o destinatário de relação mais forte com esse princípio deve ser o Estado, pois se ela ocorresse com os particulares, poderia acarretar uma “funcionalização” da pessoa humana, grande equívoco que ocorreu durante os regimes coletivistas do século XX, em favor do corpo social.

Voltando-se para o lado prático de tal aplicação, no âmbito das cortes superiores brasileiras, como mostra Tepedino (2011), vive-se um período em que houve a superação do entendimento segundo o qual direito público e privado seriam opostos e incomunicáveis. A maturação dos estudos acerca da Constituição levou à gradual aplicação das normas constitucionais às relações privadas, admitindo-se amplamente o uso direto das normas constitucionais. Isso pode ser percebido ao longo de diversas decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal, que, mesmo não mencionando expressamente a aplicação direta, utilizaram princípios constitucionais para a decisão de lides envolvendo particulares.

4. UMA NOVA ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE, ENVOLVENDO VEÍCULO PESADO, NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E SOLIDARIEDADE

Como se viu no capítulo anterior, com a constitucionalização, a Constituição deixa de ser mera “carta de intenções”, ou “carta política” ou então, “código do direito público”, para adentrar de fato na vida e na sociedade contemporânea, passando a ser a fonte irradiadora normativa tanto do Estado quanto das relações interprivadas. Em outras palavras, a Constituição não é proposta de políticas públicas, mas sim impositora de normas vinculantes.

Dessa forma, não é mais cabível uma ideia preconcebida de que as normas constitucionais são programáticas, mesmo sabendo-se que, na prática, ainda hoje, muitas

vezes carecem de interpretação e aplicação. Desse modo, é previsto no texto constitucional, no art. 3º, I, da Carta Maior que a solidariedade constitui-se como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Tal objetivo fundamental, consagrado como princípio da solidariedade, deve irradiar todo o arcabouço jurídico, pois assim definiu o constituinte, e a supremacia da Constituição é dever. A busca por uma sociedade solidária retrata o que de mais valioso se entende como constitucionalização do direito civil, e isto deve direcionar toda ordem de coisas no país. Consoante Alexandre de Moraes (1998, p. 76), “[...] esses objetivos fundamentais deverão servir como *vetores* de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja nas suas aplicações”.

Moraes (2001, p. 181) assevera que “de todos estes campos do direito civil, contudo, aquele em que mais claramente se percebe o notável incremento das exigências da solidariedade é o da responsabilidade civil”. Prossegue a autora registrando que desde o surgimento da ideia da responsabilidade objetiva no século XX, pela adoção da teoria do risco, se comprova a decadência das concepções individualistas para regular os problemas sociais. Desta ideia, de responsabilidade sem necessária busca pela culpa, se considera verdadeiro compromisso com a solidariedade social.

O fato de exercer atividade econômica que se abra ao risco de expor outrem a eventuais danos requer a necessidade de reconhecimento da responsabilidade sem atentar-se para ideia de culpa, pois esta não exprime o conceito de justiça no caso concreto. O princípio da solidariedade, como fiel condutor da dignidade humana, eleva a categoria de dano ao pedestal da justiça e da dignificação. Como acentua Catalan (2013), a solidariedade depende neste momento da não oposição do próprio homem, que insiste em muitas vezes ignorar a realidade e os pontos de vista alheios, deixando margem à ideia de solidariedade.

Ao não haver personificação e individualização do culpado, não pode a vítima ser deixada a mercê do dano sem reparo, devendo, nos dizeres de Moraes (2001, p. 181) “se atribuir responsabilidade não apenas em razão de manifestação culposa ou dolosa, mas também em decorrência da atividade exercida (e dos benefícios dela obtidos), através das noções de risco-proveito e risco-criado”.

Em casos de acidente de trânsito em que ocorra o dano morte, a concepção de reparação de danos é tomada por outros sentimentos para além da ideia tradicional de culpa e, até mesmo, ato ilícito. O princípio da dignidade da pessoa humana, intento máximo da própria noção de Estado de Direito, tendo como timoneiro a solidariedade, dá um giro estruturante no antigo formato de responsabilidade civil, passando a mirar na pessoa da vítima, e das “vítimas indiretas”, ou por ricochete, como se diz. O sofrimento e a dor causados aos familiares da vítima fatal pelo evento morte, no acidente de trânsito, na maioria dos casos em que a vítima é hipossuficiente em relação ao autor do dano

(bicicleta *versus* caminhão; bicicleta *versus* ônibus; moto *versus* carreta; pedestre *versus* carro), conforme observa Sanseverino (2010), são os prejuízos de afeição, modalidade de dano extrapatrimonial, que merece atenção e reparo, sendo seus legitimados os familiares mais próximos, mas também não se olvida o dano a parentes mais distantes ou até mesmo amigos.

Estampa-se uma nova visão acerca da responsabilidade civil de cunho solidarista que busca a reparação do dano ao invés da busca incessante da culpa, em que “a solidariedade funda o dever de reparar” (CATALAN, 2013, p. 49). Conforme assinala com sua incontestada autoridade, Edson Fachin (2010) mostra que o texto constitucional em sentido formal abre possibilidades, mas não estabelece limites, propondo-se uma leitura funcional diante da atual dimensão estrutural que a responsabilidade possui e que em vários casos se deve fazer presente.

Por óbvio que as novas ideias acerca da objetivação da responsabilidade civil não eliminam a análise do caso concreto quanto a culpa e dolo. Ou seja, não se trata de um sistema que tenha superado o outro. Trata-se de um estatuto mínimo de garantias à vítima e que, portanto, este giro prioritário do ato ilícito para o dano injusto, coloca numa posição essencial a pessoa da vítima.

Independentemente da forma que se deseje aplicar, seja de forma direta ou indireta, nos termos tratados no segundo capítulo deste trabalho, a solidariedade deve ser observada na análise de todo e qualquer dano injusto (CATALAN, 2013), passando a preocupar-se com o dano injusto, em detrimento da individualização da culpabilidade (MORAES, 2006). Senão vejamos:

A compreensão das premissas fundantes da transição apontada conduz à percepção das razões que permitem sustentar que a objetivação do dever de reparar não se limita às situações nas quais se busca uma melhor distribuição dos riscos da atividade ou nas hipóteses – prévia e expressamente – previstas no direito posto, revelando sua importância ao despertar a necessidade de garantir a reparação dos danos suportados pela vítima a partir de uma perspectiva solidária, essencial diante do modo de vida eleito pela sociedade, do qual cada pessoa – empresária (ou não) – não pode, não consegue e nem deseja afastar-se (CATALAN, 2013, p. 49).

Ao tratar deste dever de reparar na esfera dos acidentes de trânsito, estritamente naqueles envolvendo veículos pesados e que acarretam morte, o princípio da solidariedade contém também caráter imprescindível, pois é necessário, como foi mostrado anteriormente, voltar-se para a vítima, hipossuficiente em relação ao agente do dano. Isso se justifica pois a potencialidade de causar danos à outrem ao exercer determinada atividade econômica é ampliado quando trata-se de veículos como ônibus e transportadores de

carga, uma vez que, ao incluírem-se em acidente de trânsito, a chance da maior lesão ser sofrida pela outra parte envolvida é maior.

Com a afirmação de Marmitt (2004, p. 141), em que “ocorrendo a morte da vítima, o prejuízo é presumido, dispensando-se prova sobre a configuração de dano material ou moral, e os primeiros legitimados para a ação são os parentes mais próximos, como o cônjuge, os descendentes e os ascendentes”, é entendido que a proteção à pessoa humana deve persistir independentemente das circunstâncias, para que prevaleçam os princípios constitucionalmente garantidos.

Cavaliere Filho (2012) corrobora tal asserção, implicando que por mais humilde que um indivíduo seja, podendo ser destituído de formação cultural e bens materiais, destituído de consciência, enquanto ser humano será sempre detentor de bens que formam sua personalidade, que é a dignidade humana. Tal bem jamais deve ser visto como privilégio, devendo ser por todos respeitado.

Ao analisar os fatos trazidos à tona, compreende-se que somente numa perspectiva constitucionalizada é possível dar respostas às complexas questões atuais no direito dos danos contemporâneo. A punição, individualização e busca pelo culpado ficam no campo do direito penal, restando ao âmbito cível a reparação da vítima do dano injusto. A objetivação nada mais é do que uma releitura constitucional do direito civil de responsabilidade civil, traduzindo a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade para o modelo solidarista, alicerçado na Constituição de 1988, vinculando a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade e da solidariedade (MORAES, 2006).

É de se destacar que a teoria da responsabilidade por dano moral e responsabilidade civil objetiva são instrumentos de concretização da dignidade humana da solidariedade. Sob o norte do princípio constitucional da solidariedade, que sustenta e promove a dignidade da pessoa humana, o giro prioritário, aqui analisado, mensurações imprescindíveis são, na legislação brasileira, como, por exemplo, as leis de segurança social (DPVAT) e a aplicação da responsabilidade objetiva, pelo risco da atividade desempenhada, em casos previstos em lei. No Brasil surgiram as Leis nº 6.194/1974 e a nº 8.441/1992 (DPVAT), que preveem o seguro veicular obrigatório para garantia de pelo menos algum valor mínimo em caso de acidentes de veículos.

O homem deixa de viver no individualismo dos seus afazeres burgueses, no simples artesanato, de economia liberal, passando a atuar unido em colaboração de outro homem, representando uma economia solidarista. Os riscos que se inauguram nesta nova perspectiva evidentemente não mais dizem respeito somente ao indivíduo, mas antes ocorre a socialização do risco (SILVA, 1962). Segue o autor trazendo que “frente à socialização dos riscos, os indivíduos não continuariam mais a aparecer, pelo menos como até aqui, como unidades isoladas, independentes, meramente justapostas, egocêntricas” (SILVA, 1962, p. 349).

No caso concreto de acidente de trânsito com dano morte, envolvendo veículo pesado, em que um veículo pesado ocasiona, não necessariamente por culpa, mas pelo próprio tamanho físico, a morte do outro envolvido, a preocupação pela resolução do problema deve se ater à pessoa da vítima, e no caso das vítimas indiretas, membros da família e próximos da(s) pessoa(s) falecida(s). O dano injusto, no caso a morte, é que deve ser levado em consideração, pois o fim da vida de uma pessoa próxima e importante para outra(s) pessoa(s) é o que de mais terrível pode ocorrer para ela (SANSEVERINO, 2010).

As empresas de ônibus e as transportadoras de carga que Brasil afora, que se utilizam das estradas para escoamento da agricultura, ou transporte coletivo, atuando na atividade lucrativa no trânsito, devem ter suas estruturas internas, bem como sua lucratividade e os riscos que a atuação proporciona e está sujeita mencionadas nos programas do negócio. A hipossuficiência do motociclista, do ciclista, e até mesmo do veículo automotor leve, em relação aos veículos considerados pesados, é evidente e deve despertar o dever de solidariedade da parte 'mais forte' em face da 'mais fraca'.

Num determinado caso concreto, a realidade se impõe e deve-se resolver a situação de maneira eficiente, sem que se permita, ociosamente, desleixar da pessoa da vítima, que nos dizeres do visionário Wilson Melo da Silva (1962, p. 163) “imputa-se a culpa a alguém pelo simples critério da probabilidade, ante a insuficiência de elementos que possam levar ao real autor do dano”. Por óbvio que é dado ao acusado, ou suspeito, o direito de contraditório e de ampla defesa, permitindo-lhe provar não ter sido o responsável. Mas, diga-se, *in dúbio pro* solidariedade.

Ou seja, a nova atitude do legislador e do intérprete da responsabilidade civil deve se dar sob o foco da dignidade humana, nordeada pela solidariedade, pois “com o fato do sinistro, tenha-se rompido o equilíbrio da Justiça” (SILVA, 1962, p. 287), e diante de tanto, as partes não estão mais em iguais condições, havendo alteração da presumida igualdade.

É claro que pela forte influência do individualismo, característico do Estado Liberal, o atual debate no modo de encarar a responsabilidade civil na prática merece atenção e consciência de que dependerá de gradual transição, principalmente em acerrar-se o alcance do princípio constitucional da solidariedade, que está entre os objetivos fundamentais da nossa República.

5 CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa, abordou-se os aspectos históricos e conceituais do instituto da responsabilidade civil, especialmente sobre seu caráter patrimonialista, de cunho individualista, com foco na figura do ato ilícito e na culpa. Tal concepção advém das codificações oitocentistas, em que o valor patrimonial se sobrepunha sobre

o valor da pessoa humana. Nesta fase, em acidentes de trânsito, a ótica jurídica estava voltada para a pessoa do agente, numa busca incessante da culpabilidade e da configuração do ato ilícito.

Após, viu-se o processo de constitucionalização do direito privado como um todo, percorrendo, especialmente, acerca dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que se tornaram o epicentro das relações, no presente trabalho, notadamente no âmbito das relações privadas. Também, supera-se a visão dicotômica do direito, em que o direito público e privado, seriam opostos e incomunicáveis.

Por fim, no último capítulo, relaciona-se as duas partes anteriormente estudadas, abordando as mudanças ocorridas no instituto da responsabilidade civil, sob a influência da constitucionalização do direito privado. Analisa-se o giro prioritário, que passa a mirar na pessoa da vítima e do dano justo, que deve ser reparado em detrimento da ultrapassada concepção liberal da responsabilidade civil.

Adentrando no tema acidente de trânsito com morte, envolvendo veículo pesado, após uma abordagem de como se dava o tratamento na esfera civil, em que se focava no causador do acidente ao invés da vítima hipossuficiente, e de seus dependentes, e (ou) parentes, conclui-se que o ramo do direito civil, e neste caso a responsabilização, não passou ilesa do processo de constitucionalização do direito, fenômeno concebido pela Constituição brasileira de 1988.

Se antes a responsabilidade civil estava ligada aos interesses de propriedade, e demais direitos subjetivos patrimoniais, com a guinada constitucional do direito, tem-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como tomadoras da cena na sistemática do dever de ressarcimento.

Com a constitucionalização do direito civil, o giro prioritário analisado no último tópico deste trabalho mensura quão imprescindível é respeitar a dignidade humana aplicando o princípio da solidariedade, como no exemplo da legislação brasileira, com as leis de segurança social (DPVAT) e a aplicação da responsabilidade objetiva, pelo risco da atividade desempenhada, em casos previstos em lei.

Destaca-se, por fim, que numa sociedade ainda marcada por resquícios de uma visão patrimonialista, característica do Estado Liberal, em que até hoje alguns aplicadores do direito insistem em tratar os códigos como suas constituições, em prejuízo do processo de constitucionalização, desvalorizando a pessoa humana, que não é o seu foco, impede a evolução do direito civil e, especialmente, da responsabilidade civil. Porém, o respeito pela dignidade humana, e o olhar solidarista, não são propostas e ideais, mas deveres constitucionais e, por conseguinte, devem ser norteadores do processo de responsabilização civil.

REFERÊNCIAS

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

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Direito Mackenzie**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 10-29, 2012. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 397, p. 11-20, nov. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.tjdf.tj.us.br/xmlui/handle/123456789/6473>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Ingo Wolfngang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160748>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MARMITT, Arnaldo. **A responsabilidade civil nos acidentes de automóvel de acordo com o novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 26, p. 233-258, 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.17808/des.29.295>>.

MORAIS, J. L. B.; SARLET, I. W. (Org.) A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. In: FINGER, J.C., et. al. **Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.

PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NASCIMENTO FILHO, F. (Org.) Os princípios da Constituição de 1988. In: MORAES, M. C. B., et. al. **O princípio da solidariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

QUINTANA, J. G.; REIS, J. R. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. **Revista Constituição e Garantias de Direitos**, [S.l.], v. 10 n. 1, p. 223-242, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13470>. Acesso em 13 abr. 2018.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado: algumas considerações para análise. **Revista Atos e Fatos**, [S.l.], v. 1, p. 126-139, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: MORAIS, J. L. B. et al. **A Constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SEVERO, Sérgio. **Os danos morais extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.


SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n. 3, p. 98-110, jul./set. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/26901>. Acesso em 15 abr. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 10. edição. São Paulo: Atlas, 2010.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. A superação da dicotomia público versus privado e a concepção solidarista de acesso à justiça no ensino do direito. **Revista do Direito Santa Cruz do Sul**, v.3, n. 53, dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11369>. Acesso em: 13 abr. 2018.



A SOLIDARIEDADE NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Paulo José Dhiel¹

RESUMO

Este artigo tem a pretensão de abordar tema que diz com a atuação cotidiana do cidadão e seus reflexos na sociedade e na construção de uma sociedade democrática. O metaprincípio da dignidade da pessoa humana, que irradia todo o ordenamento jurídico e o princípio da solidariedade, expresso na Constituição Federal de 1998, tem importante papel de transformação das relações pessoais, familiares e sociais no exercício de uma efetiva cidadania. Aliás, não sem razão que a Carta Magna brasileira é considerada a constituição cidadã e social, porquanto a preocupação do constituinte em assegurar direitos sociais, mas, também, prever formas e mecanismos, bem como estimular a participação do cidadão na construção de uma sociedade mais justa e solidária. Nestas referências iniciais, importa ter presente que o princípio da solidariedade precisa alcançar tanto as relações com entes estatais como nas relações privadas, o que, forçosamente, representa reconhecer a sua incidência nas relações empresariais, nos embates judiciais e até mesmo efeitos intergeracionais, como no âmbito das discussões envolvendo o meio ambiente e direito previdenciário, por exemplo. A questão de relevo, contudo, e pretensão para aqui ser abordada e demonstrada, é que o princípio da solidariedade não se efetiva apenas por previsão constitucional ou normativa. Nem tampouco a sua incidência permite fechar-se sob um rol taxativo. A efetividade do princípio da solidariedade impõe uma mudança de postura, um novo paradigma cultural de exercício da cidadania para servir de pilar a um efetivo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Solidariedade; cidadania; democracia.

1 Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa internacional "Estado, Administração Pública e Sociedade: Patologias Corruptivas", coordenado pelo professor Doutor Rogério Gesta Leal. Integrante do grupo de pesquisa "Estado, Administração Pública e Sociedade", coordenado pela professora Doutora Denise Bittencourt Friedrich. Advogado. E-mail: paulodhiel@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A democracia como modelo de governo surgiu na Antiga Grécia e experimentou diversos estágios ao longo da história até chegar ao modelo atual, tido como ideal no contexto de um mundo globalizado e capitalista. Também o constitucionalismo experimentou idêntica transformação e foi alçado ao estágio atual, sobretudo no segundo pós-guerra.

Importa aqui lembrar que, mesmo no período do Estado Liberal, a democracia já possuía características do que na contemporaneidade se define de neoconstitucionalismo. No entanto, com claras limitações e contextos que distinguem em muito o modelo atual. Necessário enfatizar que a própria constituição não possuía a primazia atual porquanto havia clara preponderância a temas relacionados com a liberdade e direito de propriedades, apenas para exemplificar. Neste contexto, por longo período havia a prevalência do Código Civil como principal fonte do Direito.

Contudo, além de assegurar o atendimento do princípio da distribuição e da organização, a preocupação segue na dimensão dos direitos individuais (liberdade e propriedade), mas também busca delimitar a atuação do Estado, desde suas competências e atribuições. Nesta perspectiva, a lei segue sendo o meio a assegurar os direitos individuais. Para tanto, basta que atenda às premissas básicas quanto à sua elaboração, discussão e deliberação. A questão residual diz com a vinculação também ao Estado, do que surge a necessidade da lei possuir um *status* diferenciado, com condições de vincular a todos os entes políticos.

Essa força vinculante da norma constitucional evidencia a sua superioridade hierárquica. Além disso, também mostra outra característica importante no que concerne aos ideais de segurança jurídica, requisito importante presente nos dias atuais para que se possa reconhecer um Estado Democrático de Direito.

A revolução copernicana experimentada pelo constitucionalismo decorre das circunstâncias políticas, econômicas, sociais e também jurídicas que redundaram na Segunda Guerra Mundial. O modelo então vigente e as atrocidades decorrentes foram, sem sombra de dúvidas, a razão para que se levantassem verdadeiras barreiras com o nítido propósito de assegurar que tais atos de tirania jamais voltassem a ocorrer.

Neste cenário há uma substancial transformação do constitucionalismo para a efetiva proteção dos direitos humanos. Além disso, o propósito de assegurar efetividade e, principalmente, impedir retrocessos, levou a sua condição de cláusulas pétreas como anteparos vigorosos contra maiorias (LEAL, 2003).

A partir do pós-Segunda Guerra, o constitucionalismo fica muito mais vigoroso, mas ainda enfrenta resistências na perspectiva de uma maior participação popular na tomada de decisões e formulação das políticas públicas. A concepção de um Estado

Democrático de Direito evidencia a força normativa da constituição, focada na promoção e concretização dos direitos fundamentais sociais e no respeito à democracia.

Ainda que o pós-Segunda Guerra não tenha sido, ainda, o momento de consagrar direitos sociais nas constituições, certamente foi o embrião a partir do qual se expandiu na virada do milênio. Contudo, necessário que se faça a ressalva de que os direitos sociais nem sempre estão consagrados na constituição, no que se têm exemplos tanto na Europa (ex.: Portugal) quanto na América Latina (ex.: Chile). Nestes casos, a fonte do Direito a assegurar os direitos sociais são o princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito Internacional, como a carta Europeia, Pacto de San José da Costa Rica, tratados internacionais e declarações de organismos internacionais.

Esta é uma questão de importância diante da análise sobre evolução no conceito do que atualmente se define como o princípio da solidariedade. Como resultado do conflito mundial, passou a haver uma maior preocupação quanto à solidariedade entre as pessoas, entre os povos (sociedades) e almejada uma maior solidariedade inclusive entre nações. Porém, até então ainda referenciada como o princípio da fraternidade que, em sua evolução conceitual, de abrangência e efetividade, passou a ser convencionalizado como o princípio da solidariedade. O estágio atual vem sendo denominado de neoconstitucionalismo. A ênfase segue reforçada pela preocupação com os direitos humanos e sua primazia constitucional expressa nos direitos fundamentais. Contudo, há uma preocupação maior quanto à efetiva participação do cidadão enquanto autor e destinatário do princípio democrático. Para que o governo seja “do povo” e “para o povo”, indispensável que o cidadão tenha um papel mais ativo de participação e deliberação.

Sem embargo, há críticas ao termo neoconstitucionalismo. Ferrajoli (2012, p. 13-55) aponta para o problema contemporâneo do constitucionalismo e para a vinculação jurídica das constituições, contexto em que ressalta o fato de a propagação de novas teorias jurídicas para explicar essa nova experiência constitucional acabou redundando no que considera de constitucionalismo *principalista*² ou *garantista*³.

- 2 No interior do conceito constitucionalismo principalista, Ferrajoli encaixa as mais variadas posições que compõem os chamados pós-positivismo e neoconstitucionalismo. Nos termos por ele propostos, todas essas posições partilham da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma superação do positivismo jurídico – que pregava uma separação exclusiva entre direito e moral e descrevia o direito como um simples sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios – em favor de um modelo teórico que reconheça uma necessária conexão entre direito e moral e que reconheça um papel privilegiado dos princípios na formação concreta do direito. Esse tipo de posição teórica acarreta um modelo de fundamentação do direito tendencialmente “jusnaturalista” ou “ético-objetivista”. (ABBOUD; OLIVEIRA, 2012, p. 199)
- 3 [...] o constitucionalismo garantista – que é a proposta teórica defendida por Ferrajoli – afirma que o novo desse movimento constitucionalista vivenciado pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido em sua plenitude se ele for entendido como um aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Assevera que, como a questão da democracia está no cerne desse debate, é preciso reconhecer que há uma relação interna e imanente entre positivismo e democracia, de modo que o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guarnecedores de

Neste cenário, não é tarefa difícil imaginar que num mundo capitalista, essencialmente competitivo e crescentemente globalizado, em que grandes corporações possuem orçamento maior que muitos estados-nações, haja grandes desafios para o avanço do princípio da solidariedade.

Inequívoco, frente a esta realidade, o choque de interesses entre o capital (o mercado) e princípios como o da dignidade humana, em linhas amplas. Basta imaginar sua incidência nas relações de trabalho ou na exploração da riqueza natural, sabidamente finita, para se identificar que o princípio da solidariedade requer uma mudança de postura íntima, no agir cotidiano de cada pessoa em todas as suas relações para, a partir disso, contagiar o seio social e promover a sua transformação.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

É possível discorrer sobre solidariedade sob pontos de vista diversos. Contudo, o resultado será sempre semelhante. A realização da solidariedade ocorre quando o homem toma consciência da interdependência que há entre ele e seus semelhantes, das obrigações recíprocas que o cidadão deve ter com os outros. Assim, podemos concluir que quanto menos racional, mais mecanizado é o ato solidário. Na via inversa, quanto mais dotado de verdade, de honestidade e de gentileza, maior será a liberdade de cada um.

O conceito do que é a solidariedade apresenta alguma variação dependendo do ramo da ciência que faz a sua análise, mas, na essência, diz com importar-se com o próximo para que no contexto da relação ou da sociedade haja uma condição de bem-estar para ambos. Assim,

O sentido da solidariedade na biologia é de uma interdependência orgânica. Reciprocamente há uma dependência sistemática, na micro ou na microbiologia. A solidariedade é mais do que um envolvimento emocional com a causa. A solidariedade pressupõe ações modificativas da situação que gera a dor para outrem. (Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/o-principio-da-solidariedade/32287>>)

Segundo o dicionário Aurélio (1879), a solidariedade pode ser assim definida:

1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes. 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4.

direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição: além do “quem” e do “como”, que já eram uma preocupação das manifestações posteriores do positivismo jurídico, o constitucionalismo garantista apresenta um modelo de positivismo que prescreve também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação. (ABBOUD; OLIVEIRA, 2012, p. 199 - 200)

Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum grupo, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). 6. Sentimento de quem é solidário. 7. Dependência recíproca. 8. Jur. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) dum mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação. (FERREIRA, 1999. p. 1879).

Já anteriormente referido, a solidariedade passa pela empatia, mas nela não se encerra. Ao contrário, vai além. A empatia é a capacidade de se colocar no lugar do outro enquanto a solidariedade consiste numa preocupação com a situação alheia e na tomada de ações para minimizar o sofrimento do próximo, de buscar o seu bem-estar. Frans de Waal assim explicita essa distinção: “A solidariedade difere da empatia pelo fato de ser proativa. A empatia é o processo pelo qual nos damos conta da situação de outra pessoa. A solidariedade, em contraste, reflete nossa preocupação com o outro e um desejo de fazer com que a situação melhore” (FERREIRA, 1989, p. 92 e 93).

Inevitável, na busca de conceituar o que representa a solidariedade, identificar, também, o que significa uma sociedade solidária. Para Ferreira (1989), consiste na participação das comunidades, assinalando que os membros dessa sociedade deverão ter maior participação nas responsabilidades e nas decisões. Ele aponta esse maior envolvimento cidadão como a razão da existência do regime democrático, de efetivo comprometimento em uma responsabilidade comum e não limitando o ser humano um campo de possibilidades de informar-se e exprimir-se.

Diante da voracidade do mercado (produzir e consumir, na versão de economistas) ou de necessidades mais primordiais (sobreviver e reproduzir, na versão de biólogos), existe campo fértil para o princípio da solidariedade? Waal (2010) pontua que Adam Smith já defendia que a luta pelos nossos interesses pessoais deve ser suavizada pelo sentimento de solidariedade, referindo que Smith teria iniciado o seu primeiro livro, afirmando: “Por mais egoísta que se possa admitir que seja o homem, é evidente que existem certos princípios em sua natureza que o levam a interessar-se pela sorte dos outros e fazem com que a felicidade destes lhe seja necessária, embora disso ele nada obtenha que não o prazer de a testemunhar” (WALL, 2010. p. 11 e 12).

A fraternidade foi invocada pelos revolucionários da Revolução Francesa e alçada ao célebre lema: *Liberté, Egalité, Fraternité*⁴. Lincoln⁵ relaciona a solidariedade aos laços

4 Liberdade, igualdade, fraternidade, em português.

5 Abraham Lincoln – presidente dos Estados Unidos da América de 4 de março de 1861 até seu assassinato em 15 de abril de 1865.

que unem as pessoas e Roosevelt⁶ a definia como o “fator mais importante na produção de uma vida política e social saudável”. Esses sentimentos, não raras vezes, são tidos como sentimentais, numa concepção de menosprezo. Neste contexto, Waal (2010) analisa que a empatia é algo natural no ser humano, considera natural que o homem se sinta e busque a solidariedade e não a competição desenfreada e a agressão, como propuseram alguns seguidores da teoria evolucionista de Darwin, atribuindo tal concepção à sua obra. Ele considera um desvio, um desvirtuamento, tanto da obra de Darwin quanto da natureza humana, a exacerbada ênfase à liberdade individual, com prevalência da lógica do *cada um por si*, em detrimento de uma concepção social, coletiva e solidária, essa preocupação com o próximo seria uma ideia romântica ou utópica:

É muito diferente ver a natureza humana como ‘rubra nos dentes e nas garras’ ou considerar que a solidariedade e a cooperação fazem parte de nossos antecedentes... O próprio Darwin se sentia desconfortável com as lições sobre o ‘direito do mais forte’ que outros pensadores, como Spencer, tentaram extrair de sua teoria. (WAAL, 2010, p. 58)

Ao contrário, ele defende que o grande desafio da humanidade é saber conciliar como podemos ter uma economia próspera e uma sociedade humanitária. Também Britto (2010, p. 50), ao fazer referência à dignidade da pessoa humana, como sustentáculo de uma sociedade humanitária, reverbera:

A humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós. Em palavras outras, a circunstância do humano em nós é que nos confere uma dignidade primaz. Dignidade que o Direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do Estado e da sociedade. (BRITTO, 2010, p. 50).

Não obstante, embora o ser humano conserve seu lado individualista, o sentimento egoísta, por si só, não basta e não corresponde à sua essência. Waal (2010, p. 59) pontua que há algo como um autointeresse esclarecido, que leva o ser humano a trabalhar em prol de uma sociedade para que esta sirva aos seus melhores interesses. Neste sentido, a análise diz com o fato de que tanto os ricos como os pobres dependem do mesmo sistema de esgotos, das mesmas autoestradas e do mesmo sistema de leis. O que muda, por vezes, é o seu espaço menor, ou seja, o bairro onde vivem uns e outros, mas que não é, de longe, suficiente para dissociar essa realidade dos fatos que afeta a ambos.

6 Franklin Delano Roosevelt – foi o 32º presidente dos Estados Unidos da América, de 1933 até sua morte em 1945.

Aliás, apesar de abismais diferenças de realidade econômica, financeira e cultural, a necessidade de padrões *mínimos* de solidariedade, tanto de pessoas pobres como de ricos, condizem com esse *autointeresse esclarecido* até como forma de usufruir das benesses proporcionadas pelo acúmulo de capital, ou seja, as classes mais abastadas. Pouco adiantaria ter dinheiro caso fosse impossível usufruí-lo. Portanto, ao crescermos em sociedade, os indivíduos são introduzidos nesse contrato e reagem quando ele é violado.

A solidariedade não se aplica exclusivamente às relações sociais. Ao contrário, histórica e culturalmente tem nas relações familiares terreno fértil para a sua introdução. Ao assistir a outras pessoas, servimos também, muitas vezes, ao nosso interesse, situação fática que se verifica no caso da ajuda a parentes ou amigos próximos, que possivelmente retribuirão o favor. Contudo, os humanos e animais não se ajudam mutuamente somente por razões egoístas:

Um homem que salta sobre os trilhos do trem para salvar um estranho, um cachorro que pula à frente de uma criança para protegê-la de uma cascavel ou os golfinhos que formam círculo protetor ao redor de pessoas nadando em águas infestadas de tubarões não estão procurando recompensas futuras. (WAAL, 2010. p. 67 e 68.)

Inequívoco que estamos interligados com nossos semelhantes tanto do ponto de vista corporal como no aspecto emocional. O *Homo sapiens* é impulsionado na mesma direção de seus semelhantes em diversas ocasiões: correndo quando os outros correm, rindo quando os outros riem e bocejando quando os outros bocejam (WAAL, 2010, p. 75). Outro exemplo é que as pessoas reagem a catástrofes ambientais mesmo milhas distantes, o que decorre pelas imagens que chegam a cada indivíduo. Para Waal (2010, p. 312) “nossa caridade é produto da identificação emocional, mais do que uma escolha racional”.

Já referido anteriormente, o grande desafio que representa, em tempos de prevalência das regras do mercado e de globalização, concretizar o princípio da solidariedade, quer entre pessoas, indivíduos numa determinada sociedade, entre cidadãos do mundo e entre as nações. Neste aspecto, Waal (2010) afirma que uma sociedade baseada no interesse egoísta e nas leis de mercado, embora capaz de produzir riquezas, encontra limitação para atingir a união e a confiança que fazem a vida valer a pena. Seria esta uma razão para o que pesquisas recentes apontam no sentido de que altos índices de felicidade não têm seus coeficientes mais altos nos países ricos. Ao contrário, têm níveis mais elevados em nações em que o nível de confiança entre seus cidadãos é maior.

Diante de tais constatações, parece certo que a ganância, como única forma de promover a sociedade, acabará corroendo o tecido social, pois não será possível alcançar

uma operacionalidade harmoniosa da sociedade sem que haja um forte senso de comunidade. Não há espaço para a indiferença aos outros cidadãos numa sociedade que almeja ser justa e solidária, nos termos do que propugna a Constituição brasileira de 1998.

A Constituição brasileira de 1988 seguiu a tendência de perfil dos textos constitucionais do pós-Segunda Guerra, consagrando não apenas a separação de poderes e delimitação de suas competências, mas positivou garantias fundamentais importantes. Esta nova realidade jurídico-constitucional é o que vem sendo denominado neoconstitucionalismo e que propõe uma superação do Direito, meramente como lei. No neoconstitucionalismo há claro reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais para efetivação dos direitos fundamentais dentro do pressuposto de Estado Democrático de Direito.

A complexidade das relações sociais contemporâneas numa realidade de ágil evolução nas comunicações e relevante disparidade social exige da democracia novos esforços na concretização dos direitos fundamentais, bem como no tocante ao exercício da cidadania. As demandas sociais são crescentes e uma democracia mais inclusiva deve permitir ao cidadão ser efetivo agente de participação, deliberação e parte da transformação que ele e a coletividade almejam. Esta participação precisa ser efetiva no tocante às decisões dos interesses sociais, e não meramente na definição de sua representação, através do voto.

O novo sistema constitucional preza pela eficácia das normas constitucionais para a realização da dignidade da pessoa humana. As regras e princípios constitucionais visam ao bem-estar social e estimulam a participação popular em todas as fases de proposição de políticas públicas.

Ao enfatizar que a teoria liberal de direitos fundamentais impunha limites ao poder estatal, Sarmento (2004) assinala que o Direito Privado, por mais antigo e desenvolvido, tinha atingido um patamar de desenvolvimento científico muito mais elevado do que o Direito Público, com primazia do direito positivado de interesse do indivíduo frente ao Estado. Assim, relegava ao Direito Constitucional o direito subjetivo.

Ainda segundo Sarmento (2004), os direitos fundamentais passam a ter identificada uma dimensão objetiva que, além de impor certas prestações ao poder estatal, consagram os valores mais importantes em certa comunidade, ou seja, as bases da ordem jurídica da coletividade. Os direitos fundamentais deixam de ser pensados apenas como titularidade dos indivíduos, mas valores ou fins almejados por aquela comunidade. Deixam de representar apenas limites e passam a ter uma diretriz propositiva e assecuratória. A dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas. Deixa de limitar as relações entre cidadão e Estado e passa a limitar a autonomia dos atores privados com o propósito de proteger a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais.

Os Direitos Fundamentais não deixam de possuir a sua dimensão subjetiva, mas agregam a dimensão objetiva de reforço e complementariedade, de efetiva proteção. Indica que numa sociedade complexa, a efetividade da dignidade da pessoa humana pressupõe a existência de políticas públicas, de procedimentos e instituições adequadas, sem as quais a concretude dos direitos fundamentais não é viável.

Sarmento (2004) reforça que no pós-positivismo, os princípios tiveram reconhecimento central promovendo o link entre o meio jurídico e plano moral. Há um reconhecimento de que as constituições albergam valores relevantes para a interpretação constitucional, perpassando todo o ordenamento jurídico, reafirmando a limitação da autonomia privada em prol dos direitos.

Reis e Fontana (2011) assinalam que o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio matriz ou metaprincípio no constitucionalismo contemporâneo, enfatizando que a CF/88 deu objetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, conferiu à hermenêutica constitucional contemporânea um sentido próprio, além de propiciar unidade e racionalidade ética ao sistema jurídico e de induzir um caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana nas relações entre privados na sociedade.

Este é um dos aspectos ressaltados também por Cardoso (2010). Ele identifica o princípio da solidariedade como um paradigma do Direito Privado na perspectiva de ideais de bem-estar e justiça sociais e o princípio da solidariedade social como um novo paradigma de positivização das normas envolvendo o Direito Privado. Tem como objetivo a realização dos interesses difusos e coletivos, tendo a pessoa humana como elemento e a realização da sua dignidade como meta. Além disso, avalia que a efetividade de justiça distributiva e social está diretamente relacionada com o pressuposto de uma sociedade livre, justa e solidária, premente disposição na CF/88.

Sendo o homem o centro do meio em que se realiza (vive), Cardoso (2010) pontua que a regulação do seu comportamento para a consecução da ordem social sempre foi um desafio para o Direito e a efetiva prática e incidência do princípio da solidariedade tem contribuição substancial para a promoção da justiça social e realização da dignidade, considerando que a dignidade plena do ser humano é o valor supremo da própria sociedade.

Neste sentido, avalia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu para uma guinada no Direito, que deixa de ter uma concepção individualista e passa a ter uma perspectiva solidária, de ética contemporânea para promover um direito justo para todos, como condição para a plena realização do ser humano em sociedade.

Para uma determinada sociedade promover e alcançar o princípio da solidariedade, imperioso que haja uma consciência cívica e cidadã quanto ao respeito aos direitos dos demais indivíduos e efetiva participação nas deliberações, sejam elas em entidades, organismos não governamentais como também nas decisões envolvendo entes estatais.

Neste sentido, Leal (2004, p. 170) já apontava um processo de conscientização política gradual a partir de novos movimentos sociais em decifrar os meandros do poder. Ele também assinala o propósito desta mobilização visando implementar e promover de prerrogativas garantidas pelo sistema jurídico.

Também Habermas (2003) enfatiza a mobilização e a integração social, mas, sobretudo, o papel do Estado na promoção de direitos fundamentais e aplicação de sanções para a obediência às regras:

De um lado, a garantia estatal da normatização do direito oferece um equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada. Enquanto as instituições apoiadas em imagens de mundo fixam as convicções que comandam o comportamento através de limitações à comunicação, o direito moderno permite substituir convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito. (HABERMAS, 2003, p. 59)

Em idêntico sentido, identificando os impactos do mercado, ainda mais num mundo capitalista, reforça a importância da integração social e o papel do direito:

Sociedades modernas são integradas não somente de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistematicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A “mão invisível” do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. (HABERMAS, 2003, p. 61)

Em sua análise ele ainda assinala a brutal diferença entre o ideal e a circunstância real numa determinada sociedade, esta uma das questões centrais para o neoconstitucionalismo, da constante busca pelo almejado ideal de sociedade, de democracia, de participação e de igualdade social:

Entretanto, os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão profana dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo

tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção idealista de legitimá-los. As realizações sistêmicas da economia e do aparelho do Estado, que se realizam através do dinheiro e do poder administrativo, também devem permanecer ligadas, segundo a autocompreensão constitucional da comunidade jurídica, ao processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos. A tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito. (HABERMAS, 2003, p. 62-63)

Nesta perspectiva, a análise de Hermany (2007) e Ferguson (2013) (empoderamento local e qualidade e quantidade das instituições não estatais) converge com a de Habermas que entende que “um conjunto crescente de organizações e movimentos societais estariam enriquecendo a comunicação e o debate nas sociedades contemporâneas, revitalizando de forma substantiva a esfera pública” (LEAL, 2006, p. 60-61), permitindo uma pluralidade de enfoques culturais e sociais para aprofundar a democracia a partir de uma posição crítica e pelo controle do poder. Surgiria, assim, “um fator de integração social alternativo, baseado no diálogo, e não na dominação (ora simulada, ora explícita)”.

Nesse sentido, Hermany (2007, p. 251-253) ressalta que no espaço local “é possível uma efetiva participação dos atores sociais considerados excluídos, ou incapazes de fazer frente ao processo complexo de articulação nos espaços nacional e, especialmente, transnacional”. Isso ocorre porque no âmbito local é possível uma maior “manifestação dos interesses da sociedade e de produção de mecanismos de regulação de controle social legitimados pela participação da população”.

Essa mudança implica a descentralização das decisões, ou seja, a desvinculação exclusivamente do espaço nacional, através de um “processo de (re) territorialização do poder” (HERMANY, 2007, p. 252), que permite o repasse de mais recursos públicos para o nível local, mas, essencialmente, as discussões e deliberações democráticas, a participação da população e, nestes espaços, a profusão do princípio da solidariedade.

Neste diapasão, o fortalecimento do espaço local permite a convergência de condições para a prática democrática, tanto na deliberação como no acompanhamento e fiscalização, evitando-se decisões direcionadas a grupos a partir de interesses que não os coletivos. Hermany (2007, p. 263) pontua que “são os governos locais os responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida”. Essa assertiva é importante porquanto o fim em si da sociedade, que é a qualidade de vida, a felicidade do cidadão, o respeito às diferenças, enfim, um rol de fins que necessitam do adequado espaço para o desenvolvimento do espírito solidário.

3 A SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O fundamento do princípio da solidariedade na Constituição Federal está no art. 3º, inciso I. Trata-se de norma programática que traça as metas que deverão nortear as políticas públicas do Estado brasileiro: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária. (CF/88, art. 3º, inciso I)”.

A constitucionalização de metas visando à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades evidencia a preocupação do constituinte em consagrar o princípio da solidariedade, elevando-a ao nível de fundamentação das relações intersubjetivas na sociedade. Com isso, a solidariedade deixa de estar num plano da transcendência para alçá-la ao mundo dos acontecimentos, na complexidade e concretude das relações. Passou, portanto, a ser consagrada no mundo jurídico a necessidade da colaboração intersubjetiva sem o egocentrismo do individual, mas sim a interação contínua entre o individual na concepção do coletivo.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao identificar as diversas dimensões dos direitos fundamentais nas etapas de sua positivação, pontua como direitos de primeira dimensão os direitos de liberdade e de participação política; como de segunda dimensão, os direitos econômicos, sociais e culturais e como de terceira dimensão os direitos de solidariedade e fraternidade. Assim, questiona sobre a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão (Sarlet, 2006, p. 54-6).

Para ele, os direitos de solidariedade e fraternidade visam à “proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa” (SARLET, 2006, p. 58) e dessa forma são classificados em face de uma “implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET, 2006, p. 54-61). Ao referir Pérez Luño, Sarlet (2006) afirma que tais direitos são uma resposta à “poluição das liberdades”, resultado da corrosão e da degradação experimentados pelos direitos e as liberdades fundamentais em virtude das novas tecnologias.

Ainda quanto à classificação de direitos, assinala que os de terceira dimensão⁷ são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, à comunicação, direito de informática (ou liberdade de informática), garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, igualmente (SARLET, 2006). Ao enfatizar a diversidade destes direitos, assinala a sua intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana:

7 Ingo Wolfgang Sarlet ressalta existir posições divergentes acerca de quais direitos estariam inseridos entre os de terceira e os de quarta dimensão.

Verifica-se, contudo, que boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia de liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares (SARLET, 2006, p. 54-61).

Entender a solidariedade necessariamente pressupõe aceitar o caráter solidário na ideia de ajuda mútua, como meio de alcançar maior efetividade ao que ele designou de “liberdade-autonomia e da proteção da vida”.

Habermas (2002, p. 127) analisa a relação entre “Estado” e “Nação” e afirma que, embora seus conceitos andem lado a lado em muitas denominações, têm origens e fundamentos diferentes. Ele enfatiza que o conceito de nação só avança a partir das revoluções do final do século XVIII, em que uma tomada de consciência – inicialmente da burguesia – alcança amplas camadas da população ocasionando, progressivamente, uma mobilização das massas. Assim, o mérito do Estado está em criar uma coesão solidária entre pessoas até então estranhas, tornando possível, a partir de um novo modo de legitimação, realizar uma integração social (HABERMAS, 2002, p. 128). No tocante à legitimação e mobilização política, Habermas pontua que:

Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o status da cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação [...] É só com a transição ao Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política (HABERMAS, 2002, p. 128-129).

Tem-se, então, a presença do primeiro sentido de solidariedade, no momento em que relaciona o conceito de solidariedade ao próprio conceito de cidadania, acrescentando um elemento a esta solidariedade, qual seja, a sua mediação jurídica. A partir da identificação da mediação que Habermas redefine o fundamento da soberania, antes baseada no príncipe e agora no povo. Como resultado, os “direitos dos súditos transformam-se em direitos do homem e do cidadão, ou seja, em direitos liberais e políticos de cidadania” (HABERMAS, 2002, p. 129).

De igual forma, Habermas destaca a ideia de nação: “a nação ou o espírito do povo – a primeira forma moderna de identidade coletiva – provê a forma estatal jurídica-

mente constituída de um substrato cultural” (HABERMAS, 2002, p. 130). Reforça, com isso, a mobilização política como força integrativa para o exercício da soberania popular os dos direitos humanos.

Na mesma linha, Habermas correlaciona o exercício da cidadania com o objetivo da solidariedade, como um ideal a ser buscado constantemente:

Os cidadãos precisam poder experienciar o valor do uso de seus direitos também sob a forma da segurança social e do reconhecimento recíproco de formas de vida culturais diversas. A cidadania democrática e ligada ao Estado só exercerá força integrativa – ou seja, só promoverá solidariedade entre estranhos – quando der mostras de sua eficácia enquanto mecanismo pelo qual os pressupostos constitutivos das formas de vida desejadas possam de fato tornar-se realidade (HABERMAS, 202, p. 136).

Se, por um lado, o princípio é um *dever ser*, de outro, ao momento em que expresso na Carta Magna, otimiza efetivo mandamento de dever, no agir de cada pessoa, em que o bem-estar individual depende do quão bom esteja o contexto social com os quais o indivíduo se relaciona. O bem de uma pessoa acaba intrinsecamente interligado ao bem da outra, vinculando ambos ao contexto (bem) em que se encontra o conjunto. Tem-se, assim, o prestígio da colaboração como um *mandamus*⁸ anterior à obrigação.

Neste contexto, é obrigatório associar ao conceito de solidariedade a aceitação da diversidade. Não há como compreender uma sociedade solidária que não se reconheça em sua pluralidade. Fundamental que o *ser solidário*, identificado como aquele disposto a ajudar a repartir a responsabilidade em problemas comuns (combate à pobreza, discriminações, preocupação ambiental, etc.), necessita também reconhecer as diversidades e buscar a harmonia através do diálogo, como propõe Giddens (1996, p. 276-277).

Contudo, também Giddens (1996) reconhece os desafios impostos à concretização da solidariedade entre os cidadãos, de forma a representar um compromisso uns com os outros no exercício dos direitos fundamentais, em face da maior complexidade resultante da globalização⁹.

Sem embargo, a complexidade global acaba afetando a todas as pessoas nas diferentes sociedades. A partir da compreensão do senso de responsabilidade de cada

8 Ordenamos; determinação dada por uma autoridade superior que deverá ser cumprida numa instância inferior, por uma autoridade pública ou privada, sendo seu cumprimento judicialmente obrigatório. [Jurídico] Ordem judicial de teor semelhante, em alguns aspectos, ao mandado de segurança, sendo o *mandamus* (*writ of mandamus*) o termo que designa a ação judicial ou o mandado de segurança.

9 Anthony Giddens (1996) define globalização como ação a distância, relacionando “sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa”. Afirma que a globalização leva também “à transformação de contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social” que produz “conflitos, disjunções e novas formas de estratificação”.

cidadão no desenvolvimento nacional (inc. II, do art. 3º da CF/88), também deve ser na busca de uma sociedade solidária, como condição ideal a ser almejada continuamente. Ausente o sentimento de solidariedade, fragmenta-se o elo de ligação e de constituição da própria nação, da sociedade e do próprio povo.

No âmbito da erradicação da pobreza e da marginalização (primeira parte do inc. III, do art. 3º da CF/88), imperativo que haja uma ação solidária. Aqui, a solidariedade não só como responsabilidade recíproca dos indivíduos para com o todo, mas de todos para com cada um, explicitada através da ajuda aos menos favorecidos. Contudo, a Constituição cidadã não se limita ao caráter distributivo, pois visa também à redução das desigualdades (segunda parte do inc. III, do art. 3º da CF/88). Claro, portanto, que a solidariedade representa uma aceitação do pluralismo e da diversidade social e, ao mesmo tempo, uma meta constante a sua equiparação. A partir do reconhecimento das diferenças tem-se o momento certo para aumentar o diálogo e a solidariedade entre os cidadãos.

A promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso do artigo 3º da CF/88) evidencia um dos objetivos da República, ou seja, explicita o princípio da solidariedade. O que se extrai desse inciso é a promoção do “bem de todos”, incorporando os sentidos de responsabilidade recíproca entre as pessoas; disposição em auxiliar os menos favorecidos; elemento que, através da mediação jurídica, transforma *súditos* em cidadãos. Tendo presentes estes elementos no cotidiano de cada indivíduo, associados à comunicação, estará em curso a ferramenta de transformação de pessoas em povos, constituindo fator de identidade entre os indivíduos. Além de evitar discriminações, propõe o reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social como elemento oxigenador da democracia.

Apesar da importância do tema, o estudo do princípio da solidariedade no direito constitucional brasileiro demonstra que há resistências em aceitá-lo como princípio constitucional. A solidariedade está presente também em outros ramos do direito¹⁰, mas dificilmente tratada sob a ótica de um princípio geral do direito, e não como princípio constitucional, sendo ameaçado por não efetividade.

Uma das razões para que a solidariedade ainda tenha pouca efetividade, enquanto princípio norteador da República, é o fato de não invadir a esfera íntima das pessoas. Para Ferrajoli (2002, p. 755), é necessário existir um sentido “da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão” para funcionar como uma “garantia social” que concede a “efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas”. A par disso, conclui que “este “amor próprio” equivale à assunção subjetiva daqueles valores da pessoa que pusemos na base dos direitos fundamentais. E

10 Solidariedade entre credores e devedores no direito das obrigações, entre os responsáveis pelo pagamento do tributo e o financiamento da seguridade social, que é obrigação de toda a sociedade.

constitui, com paradoxo aparente, o pressuposto cultural do sentido da igualdade, como também da solidariedade e do respeito civil de outras identidades da pessoa” (FERRAJOLI, 2002, p. 755).

Para a efetividade do princípio da solidariedade impõe-se uma mudança cultural. Essa pressupõe uma tomada de consciência de cada cidadão que vai além do âmbito jurídico e que, portanto, sua efetividade depende de algo coletivo.

4 CONCLUSÃO

A necessidade de uma consciência coletiva acerca da solidariedade é premente, considerando que se trata de um fato social e, portanto, construída socialmente. Esta ideia está em consonância com a proposta de democracia dialógica.

De uma forma mais específica, pode-se dizer que o termo solidariedade passa inicialmente por um processo de concepções, em diferentes fases, e posteriormente subdivide-se em categorias, mas esse não é o objetivo de maior estudo.

A solidariedade, enquanto objetivo fundamental da República, deve envolver toda a sociedade, abrindo efetivos espaços de diálogo e não meramente limitando a ações de caridade. A efetividade da solidariedade como princípio representa reconhecer um novo paradigma de sociedade, de consciência individual e coletiva, de participação democrática, constituindo-se em elemento integrador de uma nação e facilitadora da democracia. Pressupõe uma prática solidária nas relações privadas do cotidiano, sejam familiares, empresariais, associativas, sociais ou coletivas no contexto de nação.

Associam-se ao princípio constitucional da solidariedade, valores alicerçados no bem comum, na tolerância e na amizade política. De igual forma, imperiosa, para que o princípio da solidariedade seja genuinamente consolidado, a presença de sentimento altruísta concernente à noção de justiça.

O que se percebe é que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, disseminou-se uma maior conscientização da necessidade de aplicação do princípio da solidariedade nas relações. O homem, especialmente no Pós-Segunda Guerra, passou a enxergar seus pares como seu semelhante, efeito tanto na perspectiva de fraternidade quanto jurídica. A segunda metade do século XX foi marcada pela posituação desses direitos e princípios em diferentes partes do mundo.

No Brasil não foi muito diferente. A CF/88 trouxe em seu arcabouço explícito o princípio da solidariedade com a posituação dos direitos fundamentais na clara perspectiva de efetivação de direitos e deveres, de modo a tornar o seio social menos desigual. Aliás, o grande mérito do princípio da solidariedade reside justamente na pretensão de ser instrumento de humanização de direitos e de trazer para o meio jurídico valores essenciais para a vida em sociedade.

Avanços significativos inegavelmente vêm sendo registrados. Em igual medida, crescentes desafios em face aos ditames do mercado (capital) e retrocessos em tempos de crises econômicas. Contudo, a força normativa dos princípios precisa ser fortalecida na seara jurídica a partir de maior efetividade. A efetividade do Princípio Constitucional da Solidariedade significará um meio importante na sua realização em si mesmo, desde a mudança cultural em cada indivíduo quanto na transposição da cultura de resistência para reconhecer e aplicar o princípio junto aos tribunais. Fundamental, contudo, a mudança de postura íntima nas relações do cotidiano, de modo a respeitar a diversidade e participar ativamente na construção da sociedade que almejamos, seja nas relações familiares, privadas, associativas ou na participação e decisiva construção das políticas públicas que tornem mais justa a sociedade em que estamos inseridos.

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael T. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista13/valeGeorgesRafael.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituic_aocompilado.htm>. Acesso em: 11 de jul. 2017.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

DICIONÁRIO OnLine de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/mandamus/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

FERGUSON, Niall. **A grande degeneração**. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex Livros, 1989.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**. 3. ed. Tradução de SPERBER, George; SOETHE, Paulo A.; MOTA, Milton C. São Paulo: Loyola, 2007.

HERMANY, Ricardo. (Re) **Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional Brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, V. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Estado administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTAL Educação. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/o-principio-da-solidariedade/32287>>. Acesso em: 11 de ago. 2017.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

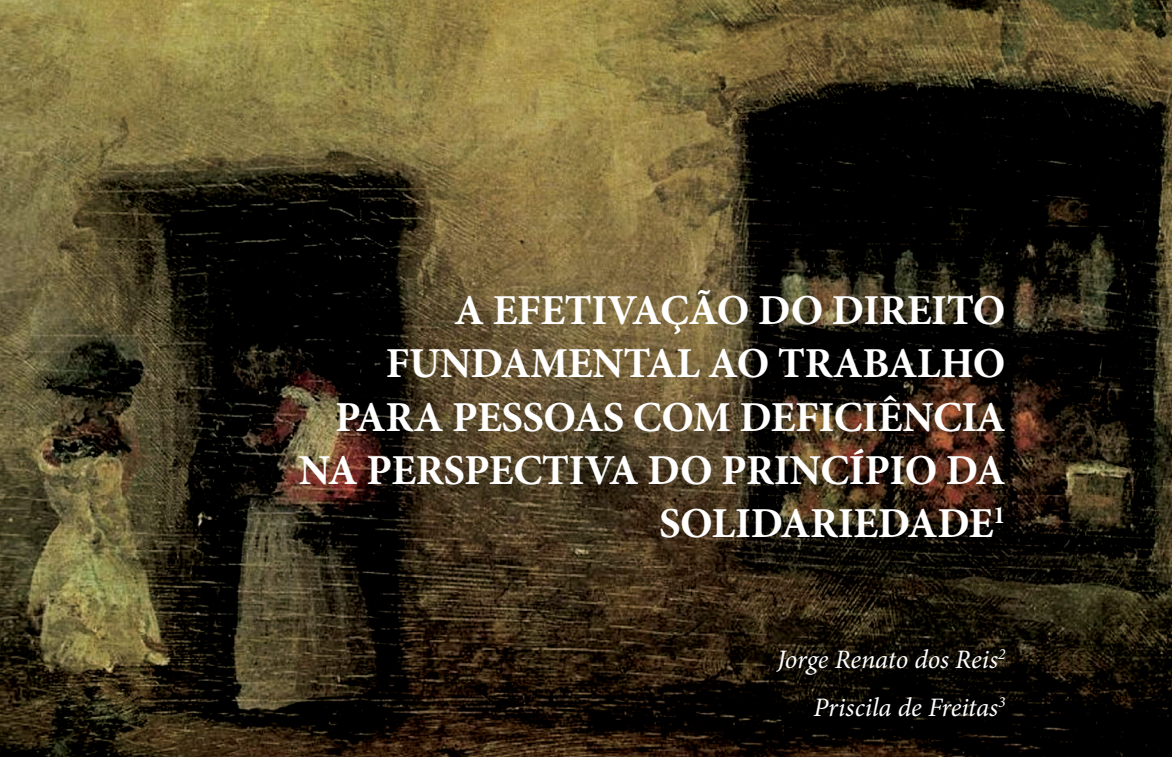
SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SMITH, A. **A theory of moral sentiments**. Nova York: Modern Library, 1937 (1759) apud WAAL, Frans de. **A era da empatia**: lições da natureza para uma sociedade mais gentil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WAAL, Frans de. **A era da empatia**: lições da natureza para uma sociedade mais gentil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.



A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE¹

Jorge Renato dos Reis²

Priscila de Freitas³

RESUMO

Neste artigo trata-se da efetivação do direito fundamental ao trabalho para pessoas com deficiência no Brasil a partir de 1988, considerado relevante, pois existem altos níveis de desemprego atualmente no país. As pessoas com deficiência vêm ganhando cada vez mais espaço na sociedade através da maior visibilidade que passaram a ter com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo fato de, cada vez mais, precisar-se da solidariedade na atualidade. O proble-

-
- 1 “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001”
 - 2 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br.
 - 3 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES. Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral - IRIB/UNISC. Pós-graduanda em Direito Processual Civil: Novo Código de Processo Civil – ENA/UNISC e Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil – Centro Universitário Una. Graduada em Direito pela UNISC. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Interseções jurídicas entre o Público e o Privado”, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Advogada. E-mail: pri_freitas02@hotmail.com.

ma consiste em analisar se há efetivação do direito fundamental ao trabalho para pessoas com deficiência na perspectiva solidarista. O objetivo geral é analisar como vem comportando-se o mercado de trabalho para as pessoas com deficiência e os objetivos específicos são identificar o direito fundamental ao trabalho, discorrer sobre o princípio da solidariedade e examinar dados estatísticos sobre o emprego de pessoas com deficiência no Brasil. O método de abordagem é hipotético dedutivo e o método de procedimento monográfico utilizando-se de pesquisa bibliográfica e de estudo de dados estatísticos.

Os resultados alcançados indicam que há uma efetivação parcial do direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência, tendo em vista que, conforme os indicadores, pouco menos da metade dessa categoria de pessoas está empregada e as diferenças salariais só atingem percentuais mais altos entre um e dois salários mínimos, sendo presente a solidariedade nos programas de inclusão social.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Direito fundamental ao trabalho; Pessoa com deficiência; Princípio da solidariedade

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao trabalho consta assegurado à sociedade brasileira na Constituição Federal, porém, os dados estatísticos apresentam disparidades com o texto legal. Tem-se notícia de grande número da população brasileira desempregada, sendo que parcela significativa são pessoas com deficiência.

O reconhecimento e a busca pela inclusão social das pessoas com deficiência vêm ganhando mais destaque após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015. Muito vem sendo discutido após tal legislação quanto a diversas questões da vida civil desta classe. Dentre os direitos assegurados, consta o direito fundamental ao trabalho.

Há previsão de vagas de emprego para as pessoas com deficiência na legislação brasileira, além de determinação para que haja programas de qualificação para que as mesmas possam se inserir no mercado de trabalho. Deste modo, questiona-se no presente trabalho se há efetivação do direito fundamental ao trabalho para as pessoas com deficiência na perspectiva do princípio da solidariedade.

Adota-se a perspectiva solidarista por tratar-se de fundamento da sociedade brasileira e para demonstrar que será apenas através da solidariedade que se encontrará um mundo melhor. Utopias a parte, cabe a cada um, membro da sociedade, ajudar e respeitar o espaço do próximo.

Na primeira parte do presente trabalho será apresentado o direito fundamental ao trabalho e as nuances do mesmo, além do traçado histórico para que ocorresse a positivação dos direitos fundamentais, sob a máxima da dignidade da pessoa humana.

Após, passa-se a explanação sobre o viés solidarista, sendo a solidariedade muitas vezes referida como o princípio esquecido.

Num terceiro momento, serão apresentadas legislações específicas acerca da pessoa com deficiência, além de dados acerca do número destas no Brasil, com base no Censo de 2010.

O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, partindo de uma hipótese positiva e outra negativa. A pesquisa empregada foi a bibliográfica e levantamento de dados.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO COMO EXIGÊNCIA E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito ao trabalho, assim como os demais direitos fundamentais, não esteve desde sempre presente nas sociedades. Decorreram de criações para evitar e extinguir abusos sofridos pela população em diversos momentos históricos. Hoje são fundamentais, pois se encontram presentes nas legislações, mas antes de o serem, surgiram como direitos humanos.

Inicialmente, importa ressaltar que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, consta em sua redação o direito ao trabalho, assegurado a todos, sem distinção⁴. No Brasil, na Constituição Federal de 1988, encontra-se presente como direito social fundamental o direito ao trabalho⁵.

Tais direitos humanos passaram a um reconhecimento a nível mundial a partir da positivação dos mesmos nas legislações de cada país, “herança” essa que a sociedade brasileira, assim como as demais, trouxe da Europa.

Pozzoli e Antico (2011) tratam da sociedade burguesa europeia e sua necessidade de segurança frente ao absolutismo ainda presente no contexto histórico da época, ou seja, a necessidade de obterem regulamentações para assegurar suas garantias foi ponto essencial para que o positivismo criasse forma, principalmente por nesse período existirem várias disparidades nas normas vigentes em grande parte da Europa, pois eram derivadas da vontade dos reis.

4 Artigo 23 - 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

5 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Sarlet (2003) apresenta classificação sobre os direitos fundamentais em dimensões, conforme acontecimentos históricos pertinentes. A primeira dimensão decorre do pensamento liberal-burguês do século XVIII, em que buscava-se um mercado individualista, sem a intervenção do Estado, fazendo com que, dessa forma, passassem a existir direitos de cunho negativo, de abstenção do Estado em relação aos indivíduos.

Referem-se aos direitos e às liberdades de caráter individual: direito à vida, a uma nacionalidade, à liberdade de opinião, o direito de asilo, à proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, à proibição da escravidão, ao direito de propriedade, à inviolabilidade de domicílio etc. (GORCZEVSKI, 2016, p. 137).

A segunda dimensão é decorrente do impacto da industrialização e dos problemas sociais e econômicos que acompanharam esta. Neste período há a necessidade de intervenção do Estado a fim de fiscalizar e assegurar a igualdade para os cidadãos, diante da extrema desigualdade vista entre empregadores e empregados (SARLET, 2003).

São direitos ao trabalho em condições justas e favoráveis; a proteção contra o desemprego, a assistência contra invalidez, o direito de sindicalização, o direito à educação e cultura, à saúde, à seguridade social, a ter um nível adequado de vida. São direitos que exigem do Estado uma participação, uma ação (GORCZEVSKI, 2016, p. 138).

Nota-se que é a partir dessa segunda dimensão dos direitos humanos que se visualiza o direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, de modo a, desde esse primeiro momento, buscar extinguir as condições degradantes e as jornadas longas e exaustivas dos trabalhadores.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, fala-se dos direitos de fraternidade ou solidariedade, visando o gênero humano de forma geral e como valor supremo (SARLET, 2003).

Estão relacionados com: (a) o direito ao meio ambiente saudável que abrange a preservação da natureza, portanto da biodiversidade; o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida; (b) o direito ao desenvolvimento econômico, o que propicia uma igualdade justa entre todos os povos; (c) o direito à paz, através de uma convivência pacífica e justa entre as nações; a autodeterminação dos povos ao desarmamento mundial, a preservação do patrimônio histórico e cultural; (d) o direito à informação, pelo livre acesso a todas as técnicas e meios de comunicação para o conhecimento de toda informação disponível em todos os lugares da terra (GORCZEVSKI, 2016, p 143).

Gorczevski (2016) faz referência a Wolkmer, que também considera como direitos dessa geração os que dizem respeito a questões de gênero, como a dignidade da mulher, além de direitos relacionados com crianças e idosos, direitos das pessoas com deficiências mentais e físicas, direitos de minorias e os direitos de personalidade.

Na quarta dimensão dos direitos humanos⁶, surgida no final do século XX, encontra-se um período mais relacionado com a globalização, em que existe grande crescimento do uso de tecnologias, descobertas científicas e avanços culturais.

São aqueles direitos que se referem à biotecnologia, à bioética e à engenharia genética e que tratam das questões ético-jurídicas relativas ao início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim da vida humana. Dizem respeito à reprodução humana assistida, ao aborto, à eutanásia, às cirurgias intrauterinas, aos transplantes de órgãos, à clonagem, à criação de células-tronco e outros (GORCZEVSKI, 2016, p. 144).

Conforme exposto, os direitos humanos foram consolidados como fundamentais a partir do momento que passaram a fazer parte do ordenamento jurídico do país. No caso do Estado brasileiro, atualmente constam na Constituição Federal em vigência. Ressalta-se que tais direitos, denominados fundamentais neste momento, deve seguir a uma máxima maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Quanto à conceituação da dignidade, muito se discute, mas conclui-se que a mesma consiste em uma qualidade irrenunciável e intrínseca à condição de ser humano, devendo ser promovida e protegida por todos. Sarlet (2011) refere que a dignidade da pessoa humana, por ser valor e princípio normativo fundamental, exige e implica a proteção e reconhecimentos dos direitos fundamentais em todas suas dimensões. Deste modo, todos os direitos fundamentais se fundam na máxima da dignidade da pessoa humana.

Barzotto (2007, p. 20) reforça que, a partir do conceito de dignidade humana, tem-se um caminho que terá forte relevância na interpretação de princípios e normas fundamentais, positivados e constantes em declarações internacionais. Menciona as dimensões da dignidade da pessoa humana como política e econômica, além da jurídica. A dimensão econômica encontra-se mais próxima do direito fundamental ao trabalho, tendo em vista que o trabalho humano contempla valores de natureza moral para o trabalhador, “proporciona o imprescindível para a satisfação das necessidades humanas e é instrumento de afirmação da personalidade do trabalhador, através da concretização dos valores de liberdade e igualdade”.

6 Gorczevski (2016) e outros indicam a existência de demais outras dimensões de direitos humanos, tais como uma quinta dimensão onde se fala de direitos advindos da realidade virtual.

Demonstra-se, assim, a importância do trabalho principalmente para a pessoa com deficiência, tendo em vista que essa, muitas vezes, sente-se excluída da sociedade em geral, diante das barreiras que enfrenta diariamente, seja pertinente a acessibilidade como a discriminação diante de suas limitações.

O trabalho integra a pessoa em sociedade, na medida em que dignifica, estabelece modos de viver, hábitos, deveres e direitos. É no trabalho que o ser humano encontra sentido para a vida, sentido este que se altera quando há desqualificação e degradação profissional. Não é em qualquer ofício, portanto, que torna o trabalho elemento que dignifica o ser humano (POZZOLI; ANTICO, 2011, p. 10).

Ressalta-se que todos os seres humanos possuem necessidades que, para serem satisfeitas exigem a participação na vida social. Dessa forma, há um dever de justiça social a ser cumprido, de modo que haja a colaboração de todos para a satisfação das necessidades básicas dos outros.

Nesse sentido, o trabalho é uma necessidade básica, porque, mediante sua existência e realização, outras dimensões da vida humana são concretizadas. Através do trabalho, são satisfeitas e criadas necessidades em um processo constante e dialético (BARZOTTO, 2007, p. 27).

É nesse contexto que se enquadra o Princípio da Solidariedade no presente trabalho, em que o direito ao trabalho deve ser assegurado por todos para as pessoas com deficiência de modo a suprir uma necessidade básica das mesmas, a fim de efetivar a sua dignidade.

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Ao falar-se em um dever da sociedade como um todo para assegurar e garantir as necessidades não há como olvidar da solidariedade, presente no nosso ordenamento jurídico, a qual deveria estar presente também no agir de cada um.

Cardoso (2010), fazendo retrospecto histórico, aponta que a solidariedade como valor jurídico-social começou a tomar forma ainda na Antiguidade, onde apresenta que:

quando já se ponderava ser o homem um animal cívico, mais social do que qualquer outro animal, observou-se que a convivência social equivale a algo muito maior do que uma imposição da vida, posto que os seres humanos se agregam uns aos outros justamente para o fim de tornar a vida menos custosa e sacrificante (CARDOSO, 2010, p. 91).

Mesmo havendo o lema Liberdade, Igualdade, Fraternidade na Revolução Francesa, a fraternidade não teve muito campo para seu desenvolvimento na época, passando a manifestar-se “somente na fase do constitucionalismo social, com a incorporação de preceitos definidores de direitos fundamentais sociais aos documentos constitucionais” (CARDOSO, 2010, p. 92).

O conceito de solidariedade encontra-se vinculado ao abdicar de uma vontade individual em nome do bem da coletividade. A solidariedade encontra suas raízes também na divisão do trabalho, reconhecida como solidariedade social, em que:

[...] a divisão do trabalho 'leva imediatamente a encarar não apenas os indivíduos e as classes, mas também, sob muitos aspectos, os diferentes povos, como participantes, ao mesmo tempo e de acordo com um modo próprio e um grau especial, exatamente determinados, de uma obra imensa e comum [...] (DURKHEIM, 1999, p. 29)

Fala-se que a solidariedade tem diversas origens. Cardoso (2016) menciona várias delas, tais como a revolução dos trabalhadores de 1848, a ideia de unidade pagã-republicana e amizade civil e a ideia cristã de fraternidade e amor ao próximo. Refere que a solidariedade como comportamento altruísta tem suas origens na ideia do modelo de sistema social desenvolvido na França na virada do século XIX para o século XX.

O princípio surge no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988⁷, como um resultado da constitucionalização do direito privado.

Cardoso (2010, p. 93) também aborda quanto ao ramo do Direito Privado, como a solidariedade estaria vinculada com tal eixo do direito, e explana que o este também possui uma finalidade a atingir:

uma vez que a solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, e não por outro motivo a Constituição de 1988 exige que nos ajudemos mutuamente, conservando a nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe absolutamente a todos, sem exceção.

Segundo Reis e Fontana (2010), a solidariedade surge em um momento crucial, buscando otimizar o processo de integração da realização do direito em cada caso em particular, buscando-se, através dos valores solidários, o equilíbrio das relações judiciais

7 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

em face das limitações criadas pelo Estado frente ao total desenvolvimento dos direitos sociais.

A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras [...] Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática. (WARAT, 2004, p. 388)

Cardoso (2010) aponta a solidariedade como uma possível solução para uma sociedade desigual e injusta, reconhecendo o valor absoluto da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, dos preceitos de justiça distributiva e social, e, conseqüentemente, da funcionalização social dos institutos de direito privado. É nesta ideia que se baseia o questionamento do presente artigo, buscando uma análise da efetividade das políticas públicas através do princípio da solidariedade.

Fachin (2001, p. 50) afirma que existe uma preocupação acima do valor jurídico acerca da solidariedade, que seria a necessidade de toda a sociedade praticar ações solidárias para contribuir com a construção de uma organização não individualista, pois:

a preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.

Cabe ressaltar que o conceito de solidariedade não deve ser confundido com o de caridade, no sentido de prestar assistência aos necessitados. A caridade, inicialmente, era prestada pelas igrejas, trazendo a ideia da ajuda ao próximo. Ao incorporar a mesma para o ordenamento brasileiro, a compreensão de caridade passou a ser compreendida como um favor, cabendo aos desfavorecidos aguardar pela caridade, entendida como a boavontade dos favorecidos para que lhes ajudassem a superar suas adversidades da vida, passando a ter um caráter filantrópico (CUSTODIO, 2013).

Segundo Perlingieri (2002), a solidariedade e a igualdade são princípios que servem de instrumento para potencializar a concretização da dignidade da pessoa humana ante as relações entre particulares.

Reis e Konrad (2015) abordam que a origem da solidariedade está associada com a crise do modelo liberal, em que o discurso solidário entra como uma crítica à democracia do período, servindo de agente para o reconhecimento e a ampliação do sufrágio universal, das liberdades políticas, dos direitos sociais, democracia representativa, trazendo um novo modo de se pensar o direito, o Estado e a sociedade.

O princípio da solidariedade orienta o direito num sentido propriamente de valor revelando que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é uma forma de preservação da vida e da liberdade com igualdade e que, preceitos como justiça, ética e valor da pessoa humana constituem a base fundamental para que o direito seja efetivamente um fator de transformação social. A solidariedade visa a um direito ético e justo, direcionado para o bem comum, assim, afirma-se como um novo paradigma cuja sociedade civil interage para a evolução da humanidade e o direito por sua vez capacita-se para regular as ações individuais em benefício de um social difuso. (REIS; KONRAD, 2015, p. 79)

Pode-se observar, de tal forma, que a dignidade da pessoa humana se encontra no centro da solidariedade, sendo refletida em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Cardoso (2010, p. 104) faz menção à sociedade atual, em que afirma que a mesma está passando por um estado doentio: “é terrível constatar que nos dias de hoje, o sofrimento do outro nada representa para a consciência da grande maioria dos seres humanos” e traz o objetivo de ajustar essas condutas de modo que o direito ingresse, no intuito de padronizar a conduta humana para que se busque a paz social, transformando a realidade existente e não legitimando comportamentos egoístas.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos da personalidade. No constitucionalismo moderno, a tutela ao ser humano é positivada mediante direitos fundamentais, cuja fonte é a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana como elemento fecundante inspira proteção integral, esmaecendo as fronteiras entre as situações jurídicas inicialmente vinculadas ora aos direitos humanos, ora aos direitos de personalidade. (ROSENVALD, 2007, p. 202)

Nota-se a importância dos preceitos da dignidade da pessoa humana e a importância do princípio da solidariedade, principalmente nas sociedades atuais, visando à proteção dos direitos fundamentais e um olhar social, o que ainda está longe de ser uma unanimidade da sociedade atual, que ainda herda a cultura do egoísmo, o olhar voltado para si mesmo.

É dessa forma que se demonstra a necessidade de aplicação do princípio da solidariedade nas relações cotidianas. Justifica sua importância na questão do direito ao trabalho para as pessoas com deficiência, tendo em vista que a sociedade como um todo deve contribuir para uma maior e melhor inclusão dessa camada da sociedade.

4 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MERCADO DE TRABALHO

Neste ponto do trabalho far-se-á estudo acerca das atuais legislações que abordam a inclusão e o número de vagas que devem ser destinadas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho e comparar com os dados estatísticos que apresentam o número destas que se encontram empregadas.

Sasaki (2003) refere que, ao longo do tempo, as pessoas com deficiência passaram por várias denominações, tais como inválidos, incapazes, excepcionais e pessoas deficientes. Informa que a Constituição Federal de 1988, influenciada pelo Movimento Internacional de Pessoa com Deficiência, incorporou a expressão pessoa portadora de deficiência, sendo atualmente a expressão “pessoa com deficiência” a melhor adotada, tendo em vista a pessoa não “portar” nenhuma deficiência.

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, no último Censo, realizado em 2010, tem-se que 23,9% da população brasileira possui algum tipo de deficiência, sendo visual, motora, auditiva e mental ou intelectual. A deficiência visual apresentou a maior ocorrência, em um percentual de 18,6% da população brasileira. Em segundo lugar está a deficiência motora, 7% da população, seguida da deficiência auditiva, em 5,10%, e da deficiência mental ou intelectual, em 1,40% (<http://www.pessoa-comdeficiencia.gov.br>).

Quanto às legislações pertinentes ao trabalho da pessoa com deficiência, parte-se da Constituição Federal que, em diversos momentos, faz menção aos direitos e garantias desse grupo. No artigo 7º do texto constitucional, no qual constam as garantias dos trabalhadores urbanos e rurais, tem-se, no inciso XXXI a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

No artigo 24 do texto constitucional, inciso XIV, também se encontra como obrigação concorrente a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”. Entende-se como uma forma de integração social das pessoas com deficiência o direito ao trabalho em igualdade de condições e sem discriminações.

Quanto aos cargos da Administração Pública direta e indireta, tem-se, no artigo 37 do texto constitucional, ressalva, na qual, no inciso VIII “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os cri-

térios de sua admissão”. Dessa forma, destaca-se que as pessoas com deficiência terão cotas assegurando suas vagas para ingresso em cargos públicos.

Para aqueles que não possuem condições de proverem o seu sustento ou de sua família, é assegurado um salário mínimo, conforme artigo 203 inciso V do texto constitucional, além de, no inciso IV do mesmo artigo, estar assegurado o direito à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência através da assistência social.

No artigo 227 encontram-se os deveres do Estado e da população em geral em tratar crianças, adolescentes e jovens como prioridade absoluta, cabendo ao Estado a iniciativa de programas de assistência e profissionalização. Quanto aos jovens que possuem algum tipo de deficiência, é papel do Estado criar programas de prevenção e atendimento, com iniciativas de treinamento para o trabalho, dentre outras prerrogativas⁸.

Dessa forma, pode-se constatar que é um dever do Estado preparar o adolescente e o jovem, inclusive os que possuem limitações, para o mercado de trabalho no futuro, a fim de que os mesmos estejam qualificados.

No plano internacional, ressaltam-se as iniciativas advindas da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que vem atuando fortemente para o combate de abusos, irregularidades e discriminações no que tange ao trabalho. Em 1983, a organização aprovou a Convenção nº 159, a qual trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência. Tal Convenção foi aprovada na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1983), mas entrou em vigor no plano internacional em 1985.

No Brasil, referida Convenção foi aprovada através do Decreto Legislativo 51, de 25.8.89, do Congresso Nacional, ratificada em 18 de maio de 1990, promulgada através do Decreto 129, de 22.5.91 e entrou em vigência nacional em 18 de maio de 1991.

Dentre legislações infraconstitucionais, pode-se referir a Lei 7.859/89 sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 1999, em que constam as orientações normativas para assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência. Nesta lei consta a garantia ao direito ao trabalho, dentre outros, e prevê medidas na área de formação profissional e trabalho, em que haja criação e manutenção de vagas de emprego para

8 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

pessoas com deficiência, criação de medidas eficazes que propiciem a inserção destas no mercado de trabalho, seja no setor público ou privado.

Diante da necessidade de criação de regulamentação de vagas para pessoas com deficiência, tem-se a Lei 8.213, de 1991, sendo esta lei conhecida não só como aquela que aborda os benefícios da Previdência Social, como também a lei de cotas de emprego para pessoas com deficiência. Em seu artigo 93 a lei apresenta os percentuais de cargos a serem concedidos a pessoas com deficiência ou reabilitados⁹.

No ano de 2015 foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, possuindo caráter de microsistema jurídico pelo fato de abordar tópicos pertinentes a todos os ramos do direito. Tal Estatuto ocasionou que a situação das pessoas com deficiência voltasse a pauta de debates, principalmente pelo mesmo ter afetado o campo da capacidade civil dos mesmos.

O Estatuto é resultado da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 186 em 2008. Em sua redação consta um capítulo específico acerca do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, em que são referidos pontos essenciais sobre a inclusão e acessibilidade das mesmas no mercado de trabalho¹⁰.

Apesar desse retrospecto legislativo, pode-se constatar que o que ocorre na sociedade não vem acompanhando as normas jurídicas específicas. Conforme é apresentado pela Cartilha do Censo 2010 sobre pessoa com deficiência, no que tange ao mercado de trabalho,

apesar da exigência legal de cotas para trabalhadores com deficiência, a participação deles no mercado de trabalho, em 2010, ainda era baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência. Do total de 86,4 milhões de pessoas,

9 Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados...2%; II - de 201 a 500...3%; III - de 501 a 1.000...4%; IV - de 1.001 em diante...5%.

10 Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

de 10 anos ou mais, ocupadas, 20,4 milhões eram pessoas com deficiência, 23,6% do total. Em 2010, havia 44 073 377 pessoas com pelo menos uma deficiência em idade ativa, mas 23,7 milhões não estavam ocupadas (<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br>).

Os dados referentes à situação de emprego possuem como base a faixa etária inicial de 10 anos. São identificados que as pessoas com deficiência mental são as que possuem mais dificuldades para o ingresso no mercado de trabalho e a população feminina com deficiência apresentou os menores níveis de ocupação em todos os tipos de deficiência investigados.

Os dados também demonstram que, dentre as pessoas que se encontram ocupadas e as que não, de um total de 44.073.377 de pessoas com deficiência, 20.365.963 estão ocupadas e 23.707.414, não. Demonstrando, assim, que mais da metade da população com deficiência encontra-se em situação de desemprego.

Outro ponto que chama a atenção é pertinente à remuneração das pessoas com deficiência em relação das pessoas sem deficiência. Conforme os dados estatísticos, o maior índice de diferença salarial encontra-se nas remunerações médias; nas remunerações mais baixas e mais altas, não há muita divergência no percentual. “Na faixa de rendimentos acima de 1 até 2 salários mínimos, havia 29,1% de pessoas com pelo menos uma das deficiências e 33,8% das pessoas sem deficiência, apresentando uma diferença de 4,7 pontos percentuais”.

No que é pertinente à população economicamente ativa, os dados demonstram quais são os tipos de deficiência mais restritivos, através do indicativo da taxa de atividade.

Quanto aos tipos de deficiência, a menor taxa ocorreu no segmento das pessoas com deficiência mental ou intelectual, tanto para os homens quanto para as mulheres, cujos valores foram 22,2% e 16,1%, respectivamente. A deficiência motora foi a segunda mais restritiva, com taxas de 41,3% para os homens e 27,4% para mulheres. Em terceiro lugar ficou a deficiência auditiva, com 52,4% para homens e 31,3% para mulheres. A deficiência visual foi a menos restritiva, apresentou taxa de 63,7% para homens e 43,9% para mulheres. Com exceção da deficiência mental ou intelectual, cuja diferença entre as taxas para homens e mulheres foi de 6,1%, as diferenças entre as taxas de atividade para as demais deficiências foram altas, de 13,9% para a motora, 21,1% para a auditiva e 19,8% para a visual (<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br>).

Deste modo, nota-se que as pessoas com deficiência encontram-se presentes no mercado de trabalho, porém em um percentual ainda pequeno. Espera-se que, tendo em vista a recente promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mais medidas sejam

tomadas para que os números melhorem. Na Cartilha também constam indicações de que o governo vem tomando iniciativas para uma total inclusão desse grupo na sociedade brasileira.

5 CONCLUSÃO

As pessoas com deficiência constituem parte significativa da sociedade brasileira. Desse modo, merecem a devida atenção e a criação de políticas que resultem em uma total inclusão das mesmas na sociedade. Sabe-se que o passado não lhes é muito favorável pelo fato de serem consideradas como pessoas incapazes.

Porém essa realidade vem passando por melhorias, estando a sociedade cada vez mais próxima de uma inclusão social. No presente trabalho buscou-se explicar o mercado de trabalho para as pessoas com deficiência, em que o problema da pesquisa concentrava-se em analisar se há efetivação do direito fundamental ao trabalho para as pessoas com deficiência na perspectiva do princípio da solidariedade.

Para responder a tal questionamento, partiu-se de indicações sobre o direito fundamental ao trabalho, apresentando o histórico dos direitos humanos e como a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como máxima a ser respeitada para a efetivação dos direitos fundamentais de todos.

Na segunda parte do trabalho, abordou-se o princípio da solidariedade, sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil presente na Constituição, em que se busca uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade liga-se com a ajuda ao próximo, a buscar o benefício de todos, o que faz com que ela seja importante para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Na terceira parte foram apresentadas legislações em geral que abordam a temática da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, principalmente os percentuais de cotas desenvolvidos. Também foram explorados dados do Censo 2010, analisando os números de pessoas com deficiência empregadas e quais as maiores dificuldades encontradas.

Como resposta ao questionamento inicial, pode-se concluir que há uma efetivação parcial do direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência, tendo em vista que, conforme os indicadores, pouco menos da metade dessa categoria de pessoas está empregada e as diferenças salariais só atingem percentuais mais altos entre um e dois salários mínimos.

A solidariedade se faz presente através dos programas sociais de preparo para essa camada da sociedade no mercado de trabalho, além de programas educacionais, em que se estima que nos próximos anos as pessoas com deficiência estejam cada vez mais incluídas na sociedade.

Estima-se que, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, os dados estatísticos sejam ainda melhores para o próximo Censo e que a sociedade brasileira continue caminhando para uma maior e mais efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

_____. **Lei 7.859, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CARDOSO. Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

_____. **O sentido ético da justiça funcional solidária**. São Paulo: Ixtlan, 2016.

CARTILHA DO CENSO 2010: Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficienciareduzido.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CUSTODIO, André Viana. Avanços e obstáculos à concretização das políticas públicas sociais no Brasil. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. **Direitos sociais & políticas públicas**. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 7-20.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLI, L.; ANTICO, A. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, L. O. V. de; HERRERA, L. H. M. (Orgs.) **Tutela dos direitos humanos e fundamentais**: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 2-24.

REIS, J. R. dos; FONTANA, E. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Orgs). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2010.

REIS, J. R. dos; KONRAD, L. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no Direito Civil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, nº 1, 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

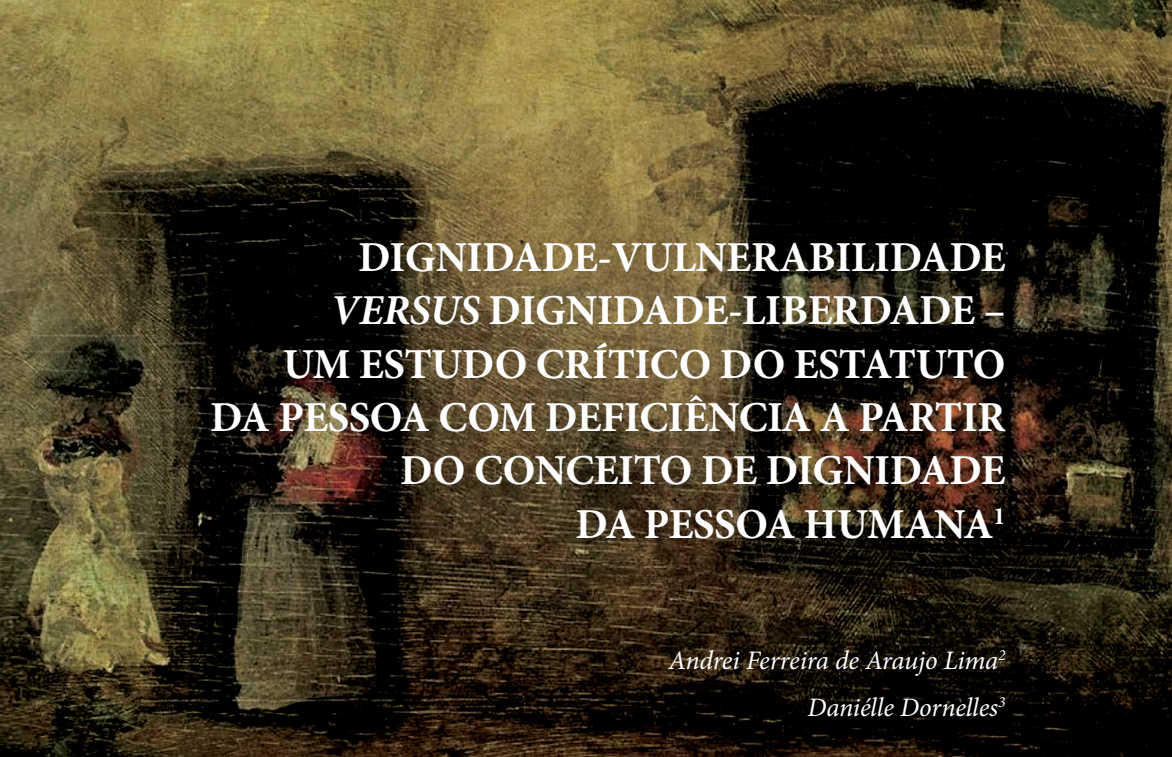
ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida independente**: história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia. São Paulo: Revista Nacional da Reabilitação, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



DIGNIDADE-VULNERABILIDADE VERSUS DIGNIDADE-LIBERDADE – UM ESTUDO CRÍTICO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹

Andrei Ferreira de Araujo Lima²

Daniëlle Dornelles³

RESUMO

O presente artigo pretende analisar as principais alterações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu no Código Civil, principalmente no que se refere à alteração dos artigos referentes à capacidade civil. Como aspecto nuclear, se discutirá o que se tem entendido com a troca da lógica dignidade-vulnerabilidade por dignidade-liberdade e se esta referida alteração realmente representa, em termos práticos, maior autonomia e liberdade aos deficientes.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Estatuto da pessoa com deficiência. Liberdade. Vulnerabilidade.

1 Artigo apresentado na II Jornadas Nacionales sobre Derechos Fundamentales, na Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP.

2 Mestre em Direito pela Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Bolsista CDEA durante o “76. Internationalen Sommerkurs for deutsche Sprache, Kultur und Sprachvermittlung” na Friedrich-Schiller-Universität em Jena, Alemanha, dos dias 06.08.2017 - 02.09.2017. Doutorando no Programa de Pós-Graduação da Faculdade Filosofia, na PUCRS. *E-mail:* <andrei0118@gmail.com>.

3 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Bolsista BIPPS (Bolsas Institucionais para Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu), Edital 01/2018. Integrante do Grupo de Pesquisa Interseções Jurídicas entre o Público e Privado, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e ao CNPq, coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. *E-mail:* <d.dornelles@hotmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

Percebe-se um grande entusiasmo por parte de um grupo de juristas no que se refere à promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015. Um dos principais pontos de mutação, motivo de comentários positivos e negativos, foi a alteração do artigo 3º do Código Civil, instituindo-se que só os menores de 16 anos podem ser declarados como absolutamente incapazes, de modo que indivíduos com algum tipo de deficiência mental, por mais severa que possa ser, só poderão ser declarados como parcialmente incapazes. Nesse sentido, o instituto da curatela sofre significativa alteração, de modo que os deficientes não poderão mais ser representados, mas somente assistidos.

Como teses centrais a influenciarem o Estatuto e as alterações por ele promovidas, encontra-se a doutrina que defende a constitucionalização do direito civil, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas, principalmente, a corrente que defende a inversão da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-liberdade.

Será exatamente a partir dessa aparente dicotomia que se analisará as alterações e se elas realmente representam uma mudança no sentido de conferir maior autonomia e dignidade aos deficientes. Questiona-se, sobretudo, o sentido dado à dignidade, bem como se há alguma forma de violação a esse direito ao considerar uma pessoa como vulnerável, mesmo que com o único intuito de protegê-la, resguardando, acima de tudo, a própria dignidade.

Espera-se, com o presente estudo, compreender o alcance e limite da dignidade da pessoa humano no âmbito civil, mormente ao que se refere às alterações promovidas pelo Estatuto, no sentido de averiguar-se a real necessidade da alteração do paradigma.

Por fim, serão analisados os desdobramentos práticos, pois, dependendo do grau de deficiência, acredita-se que a lógica de maior autonomia e liberdade para pessoas que por motivo de enfermidade severa não podem exercê-las, poderá acentuar sua vulnerabilidade, ocorrendo um verdadeiro efeito contrário àquela almejado.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – INFLUÊNCIA E NOVO PARADIGMA

No dia 6 de julho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.146, conhecida como “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”. Consequentemente, o Código Civil Brasileiro sofreu diversas alterações, sendo a principal delas, e motivo de intenso debate, a regra referente à capacidade civil.

Segundo o recente estatuto, as pessoas com deficiência não mais poderão ser enquadradas como absolutamente incapazes. A nova redação altera o artigo 3º do Código

Civil (Brasil, 2002), segundo o qual: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos (dezesesseis) anos.” O artigo 4º do Código Civil esclarecia que:

são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I. os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; II. Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III. **Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo**; IV. Os pródigos. (Grifou-se). (BRASIL, 2002).

Destarte, facilmente se percebe as inúmeras consequências que tamanha alteração promove no Código Civil como um todo. Todos aqueles dispositivos que tratam de tomadas de decisão, em que a capacidade civil se apresenta como fator determinante de validade, sofreram abrupta mudança. Porém, antes de adentrar-se especificamente nas ditas alterações, cabe salientar algumas das principais influências para a elaboração e promulgação da referida lei.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência, conhecida como Convenção de Nova York, promulgada em 26 de agosto de 2009, é inquestionavelmente a base da fundamentação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Objetiva a Convenção, de acordo com seu artigo 1º, “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”

O EPD⁴, em seu artigo 2º, conceitua as pessoas com deficiência, a partir de uma cópia fiel ao que foi estabelecido na Convenção de Nova York:

[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com umas ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Outra grande influência na redação do EPD se refere ao fenômeno jurídico conhecido como a “Constitucionalização do Direito Civil”, que preconiza uma interpretação das normas de direito privado segundo as diretrizes dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. Tartuce, que se autodenomina adepto e entusiasta dessa corrente, elucida-a da seguinte forma:

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa uma atitude bem pensada, que tem contribuído para a evolução do pensamento

4 Ao longo do artigo será utilizada a sigla EPD como abreviatura do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso (TARTUCE, 2016, p. 59).

Neste sentido, Reis (2014, p. 379) complementa ao referir que “a lógica do direito civil constitucionalizado impõe o reconhecimento e a aplicação dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas, tanto daqueles considerados explícitos quanto daqueles tidos como implícitos”. Ou seja, altera-se o cerne valorativo do sistema jurídico. Nesse diapasão, Tepedino (2004) menciona que cabe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, privilegiando a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça comunicativa.

De qualquer sorte, a interpretação, segundo a Constituição, não precisaria, necessariamente de uma tese específica a defendê-la, uma vez que, para alguns autores, os próprios direitos de personalidade descritos no Código Civil representariam vínculo entre Constituição e Direito Civil. Destarte, seriam os direitos de personalidade considerados como constituindo o principal ponto de contato entre o direito público e o direito privado, não só, mas também, segundo Sarlet (2012, p. 395), “o correspondente privatístico dos direitos pessoais.” O mesmo autor argumenta que “os direitos de personalidade apresentam como aspecto comum o fato de estarem todos vinculados com a proteção da esfera nuclear da personalidade, dignidade e liberdade humanas.”

De outra banda, há quem critique a referida tese, como é o caso, por exemplo, do jurista Fernando Leal. Em artigo intitulado: *Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional*, o autor apresenta críticas à constitucionalização do direito civil:

No mundo civil constitucional, todos os casos são potencialmente difíceis. E essa dificuldade se aprofunda quando se adiciona ao argumento a tendência do movimento de idealizar a figura do magistrado, que *precisa* ser compreendido como um ator institucional capaz de conhecer e processar todos aqueles dados para fornecer respostas constitucionalmente adequadas (LEAL, 2015, p. 123-165).

De qualquer sorte, a corrente que sustenta a Constitucionalização do Direito Civil é a majoritária, liderada por juristas como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloisa Helena Barboza, Luiz Edson Fachin, Paulo Luiz Netto Lôbo *et al.*

Interessa notar que aliada à fundamentação da constitucionalização do direito civil encontra-se a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que ambas defendem a vinculação direta e imediata dos particulares para com tais direitos. Como afir-

ma Sarmiento (2004), sendo a sociedade brasileira marcada por profundas desigualdades, deve-se adotar, como forma de reforçar a tutela dos direitos humanos no campo privado, uma eficácia direta e imediata dos direitos individuais na esfera privada, não apenas por questões de direito, mas, fundamentalmente, por questões de ética e justiça.

Nesse sentido, Sarlet (2012) esclarece que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a tendência interpretativa da doutrina. A dimensão subjetiva não representa a única forma de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, que, neste caso, segundo a concepção clássica, seriam os direitos oponíveis ao dirigismo estatal (*status* negativo). Há, no entendimento do autor, que se considerar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que o Estado não poderá se abster de interromper possíveis violações de direitos fundamentais (*status* positivo), por mais que estas ocorram exclusivamente no âmbito privado, em que, via de regra, a autonomia e liberdade devem prevalecer. Segundo o constitucionalista

[...] verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado (SARLET, 2012, p. 387).

Sendo a eficácia dos direitos fundamentais imediata inclusive na relação entre particulares, entendem, aqueles que advogam em favor da nova legislação, que a alteração da incapacidade absoluta para a parcial trará maior dignidade ao deficiente. Acreditam, ainda, que com a referida mutação, as pessoas com deficiência poderão, de modo autônomo, desenvolver livremente a sua personalidade, assegurando-as o preceito constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Requião (2015) entende que identificar as pessoas com deficiência, incapazes, como acontecia na legislação brasileira, acarreta evidentes prejuízos à sua autonomia. Já mencionava Martel (2010), a necessidade de condições materiais para tomada de decisão, e, como a disposição pode envolver decisões de marcantes impactos fáticos e jurídicos, as precauções com o consentimento são relevantes. Deve-se assegurar a genuinidade do consentimento para a manutenção da dignidade como autonomia. Ou seja, pessoas com deficiência, na concepção da autora, não deixam de serem titulares das suas decisões relacionadas ao direito à vida. O consentimento da pessoa com deficiência para as questões que envolvem sua vida traz o direito à autonomia, que objetiva o direito à vida digna.

Porém, por mais nobre que a intenção possa parecer, há de se levar em consideração as inúmeras alterações decorrentes da nova legislação, principalmente aquelas vinculadas a responsabilidade civil, retirando diversas proteções antes concedidas aos deficientes.

Neste contexto de interpretação das leis ordinárias sob a lente da constituição, levando-se em consideração tanto a dimensão subjetiva, quanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, analisar-se-á, no ponto seguinte, se a mutação dignidade-vulnerabilidade para dignidade-liberdade era realmente necessária e se ela configurará em termos práticos uma maior autonomia aos deficientes.

3 A ALTERAÇÃO DA LÓGICA DIGNIDADE-VULNERABILIDADE PARA DIGNIDADE-LIBERDADE

Percebe-se que no centro da discussão encontra-se o que alguns autores chamam da alteração do paradigma “dignidade-vulnerabilidade” pela “dignidade-liberdade”⁵. O conceito de dignidade, bem como seu limite e alcance, já seria o suficiente para uma longa discussão. Porém, em razão da impossibilidade de exaurimento do tema, analisar-se-á os conceitos predominantes na doutrina brasileira, para, a partir daí se estabelecer uma relação e crítica entre as duas modalidades de dignidade, se é que é possível assim dizer⁶.

Sobre os principais objetivos do Estatuto, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana, chama a atenção, Tartuce (2016) para a

plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, como era interpretado no sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade (TARTUCE, 2016, p. 83).

Por mais nobre que a inversão possa parecer, questiona-se a necessidade, ou até mesmo a eficácia da referida alteração. Entende-se que a dignidade representa as mais variadas facetas dos direitos fundamentais, bem como apresenta tanto a liberdade quanto

5 Duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira - à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel - condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis. A segunda vertente - liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueiredo Alves, Pablo Stolze - aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.

6 Questiona-se a terminologia, uma vez que a dignidade, enquanto instituto jurídico a ser protegido, promovido e resguardado pelo Estado, é uma só. Sendo uma qualidade e característica intrínseca ao ser humano, não se vislumbra no entendimento do presente artigo, qualquer vantagem, se não meramente semântica, na alteração do paradigma. Enquanto pressuposto jurídico a ser respeitado por todos, a dignidade permanece a mesma, sendo que todo e qualquer direito que vise sua promoção e proteção deverão ser tutelados. Tanto a liberdade, quanto a vulnerabilidade de uma pessoa, devem ser levadas em consideração no que se refere à proteção de sua dignidade. Entende-se que não há uma troca de paradigma, pois ambas características (liberdade e proteção dos vulneráveis) são qualidades necessárias e, inclusive dependendo do caso, simultâneas e não individuais e excludentes. Certamente uma não elimina a outra, e a questão central deveria ser única e exclusivamente a proteção da dignidade, sem qualificá-la como dignidade-liberdade ou dignidade-vulnerabilidade, pois a liberdade é pressuposto para a dignidade, bem como a proteção dos vulneráveis.

o dever de sua proteção por parte do Estado como um de seus principais pressupostos. Tal eficácia irradia-se por todo ordenamento, relacionando-se com a proteção de todos cidadãos, principalmente daqueles que por algum motivo são vulneráveis. A liberdade e a proteção estatal correspondem a direitos e obrigações mutuamente imbricadas e uma não é a excludente da outra.

Atribuir a plena liberdade àqueles que, em razão de enfermidade, não conseguem exercê-la é deixá-los vulneráveis. Compreender um determinado cidadão como tal, não é de forma alguma desmerecê-lo ou atentar contra sua dignidade, pelo contrário. Conhecer um indivíduo como sujeito que carece de tutela especial e com a necessidade de um representante legal para tomada de decisões em seu dia a dia é justamente empreender esforços para que sua dignidade seja protegida.

Os autores entusiastas do Estatuto, e principalmente da alteração do paradigma, entendem que o Código Civil partia do pressuposto de que as pessoas com deficiência que viessem a sofrer um processo de interdição eram aprioristicamente taxadas como absolutamente incapazes. Lôbo (2015) entende que a interdição “em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil.”

Simão, por outro lado, entende que a regra do sistema brasileiro é da capacidade e que as exceções visam proteger os vulneráveis.

Toda pessoa natural é capaz, todo ser humano é capaz, salvo exceções legais. O rol de incapazes é taxativo e não pode ser ampliado. Logo, as hipóteses de incapacidade são apenas aquelas dos artigos 3º e 4º do Código Civil (SIMÃO, 2015).

Diversos dispositivos do código buscavam uma maior proteção a tais pessoas, que com a referida alteração não mais encontram guarida em determinados regramentos, tornando-se, nesses casos, absolutamente vulneráveis, gerando, em verdade, um efeito inverso daquele desejado, como se demonstrará no ponto seguinte.

Nesse sentido, entende-se que não haveria motivo para tamanha alteração, mormente no que se refere à celebrada mudança de paradigma da vulnerabilidade para a liberdade. A dignidade, como já mencionado, exerce grande influência em diversos direitos fundamentais, tanto de ordem subjetiva quanto de ordem objetiva.

Segundo Sarlet, a dignidade é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

A partir do estudo do conceito de dignidade pelo supracitado autor, resta claro, como amplamente sustentado, que a dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, tornando-o merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares. A dignidade é o ponto de equilíbrio da sociedade, é o valor fundamental da comunidade e é o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. No sentir do presente artigo, ela perpassa por todos os direitos fundamentais e exige uma proteção ampla e irrestrita.

Neste ponto, questiona-se: o fato de alguém com deficiência ser considerado como absolutamente incapaz é uma lógica que fere a sua dignidade? Ou, ainda, tratar-se-ia de um dirigismo estatal exacerbado ao ponto de limitar demasiadamente a sua autonomia?

Certo é, de qualquer sorte, que a pessoa em questão, independentemente do nível de deficiência, é um indivíduo que merece toda e qualquer proteção relacionada a sua dignidade. Acredita-se que ambos conceitos entendem ser a dignidade uma característica intrínseca do ser humano que independe da condição física/racional.

Na mesma esteira do defendido pelo filósofo Immanuel Kant (2011), autor de maior influência no que diz respeito à secularização do conceito de dignidade, entende-se que ela é uma característica inata ao ser humano, principalmente por sua capacidade de racionalização e autodeterminação.⁷ Portanto, por mais que uma pessoa tenha sua autonomia ou liberdade por algum motivo diminuídas ou prejudicadas, ela não deixará de ser digna, ou seja, deverá ter sua dignidade preservada e, na medida do possível, promovida.

Porém, qual o nível de autonomia, principalmente em um sentido de um esclarecimento livre e autônomo, que uma pessoa com deficiência mental tem para tomar decisões que certamente sejam benéficas a sua realidade? Será que a lógica de estabelecer um curador que representasse esse indivíduo, e não simplesmente o assistisse, não garantiria uma promoção ainda maior de sua dignidade, no sentido de estabelecer

7 “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (Kant, 2011, p. 82). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Textos Filosóficos; 7. Edições 70, Ita. Lisboa/Portugal, 2011. p. 82. Ver também: THADEU, Weber. *Ética e filosofia do direito*. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 15.

escolhas mais favoráveis a uma pessoa que, por motivos de falta de discernimento, não tenha condições de decidir por si mesma qual a melhor das opções?

Entender alguém como vulnerável, respeitando essa fraqueza e auxiliando-o, no maior grau possível nas mais variadas decisões, inclusive aqueles de cunho personalíssimo, parece mais seguro do que as regras da nova lei, uma vez que não mais se permite que o curador ou assistente tomem qualquer decisão da esfera pessoal em nome do curatelado⁸.

No sentir do presente artigo, o Estado tem a prerrogativa, e em certas ocasiões o dever, de intervir, quando há uma afronta a determinado direito fundamental, não só em relações de âmbito estritamente privado, mas também em casos de violação de algum direito fundamental da pessoa contra ela mesma. É dever estatal proteger as pessoas de cometerem atos degradantes, mesmo que esse seja do indivíduo contra ele mesmo e que não prejudique um terceiro.

Como já referido, acredita-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve ser levada em consideração, uma vez que produz consequentes das mais variadas. Para Mendes e Branco:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder como diretriz para a sua ação. [...] A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos (MENDES; BRANCO, 2015, p. 167).

Sabe-se que a autonomia diz respeito única e exclusivamente a cada pessoa, assim como a dignidade, por mais que não se possa excluir a dignidade como heteronomia⁹, ou dignidade objetiva (assistencial por parte do Estado), utilizando-se terminologia sustentada por Sarlet, que afirma:

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vincula-se à ideia

8 Artigo. 85, §1º do EPD: A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

9 Um exemplo de defesa da dignidade enquanto heteronomia seria o famoso caso dos arremessos de anões na França, onde os juízes proibiram esse tipo de conduta, por considerarem-na degradante perante a sociedade. Houve um claro conflito entre dignidade, enquanto autonomia, e dignidade enquanto heteronomia e, por mais que os anões quisessem continuar sendo arremessados, o Tribunal Superior francês lhes tolheu esse "direito" por considerar uma atividade degradante.

de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado (SARLET, 2011, p. 73).

Nesse sentido, levando-se em consideração o dever de proteção por parte do Estado, bem como o respeito pela autonomia, acredita-se que a dicotomia liberdade *versus* vulnerabilidade seja desnecessária, uma vez que ambas, mesmo que em sentido diferente, são partes estruturantes da dignidade. Inclusive, salienta-se que adjetivar a dignidade não parece uma postura moderna, uma vez que a adjetivação do termo era praxe na Roma antiga, onde os Césares, em razão de seu status social, eram mais dignos que os demais cidadãos, principalmente em relação aos escravos, que sequer tinha sua dignidade reconhecida (SARLET, 2009, p. 175-198).

De modo contrário, esclarece Tartuce (2016, p. 82) que a dignidade das pessoas com deficiência segundo o Código Civil, antes de promulgação do EPD, era no sentido de resguardar uma vulnerabilidade *a priori* dessas pessoas, de modo que, para o autor, existiria uma forma de discriminação. Segundo ele, o pressuposto da vulnerabilidade vinculava necessariamente a necessidade de um curador que não respeitaria a autonomia da vontade.

Ora, se esse era o problema, resta claro que a falha não se encontrava no reconhecimento da dignidade e da necessidade de proteção, mas sim do *modus operandi* dos processos de interdição.

Por entenderem demasiada tal vulnerabilidade, ao ponto, inclusive, de enxergarem como uma medida abusiva e limitadora da liberdade de tais pessoas, é que advogam em favor da já citada mutação, no sentido de dar o maior grau possível de liberdade a tais indivíduos. Segundo esta corrente, as pessoas com deficiência não tinham o pleno desenvolvimento de sua personalidade respeitado, pois praticamente todos os atos, inclusive aqueles de cunho absolutamente pessoais, eram intermediados pelo curador.

O curador, nos casos de incapacidade absoluta, seria o responsável por representar o deficiente tanto perante atos negociais quanto atos relacionados à vida particular, claro que, sempre se levando em consideração o grau de necessidade de auxílio ou representação, bem como respeitando a privacidade e todos outros direitos personalíssimos.

Porém, alguns questionamentos de enfrentamento improrrogáveis surgem dessa lógica. A partir do momento que a pessoa com deficiência não poderá, em hipótese alguma, ser considerada como absolutamente incapaz, imediatamente há o esvaziamento de qualquer possibilidade de curatela absoluta, sendo cabível, agora, apenas o curador como assistente.

Entende, o presente artigo, que a figura do curador jamais foi pensada no sentido de tirar a liberdade ou a autonomia de alguém que por ventura pudesse exercer ambos di-

reitos de maneira plena. Em verdade, o curador é a pessoa a auxiliar o incapaz a tomar as melhores decisões, dentro de seus próprios limites, de modo a promover sua autonomia, liberdade e, acima de tudo, sua autodeterminação.

Nesse ponto, questiona-se qual o real impacto no conceito de dignidade ao dar, ao menos em teoria, maior liberdade para alguém que, em verdade, não terá condições de exercê-la, podendo, inclusive, violar a sua própria dignidade, em razão de um ato desprovido do necessário esclarecimento.

A crítica que aqui se faz não é, de modo algum, uma promoção contrária à autonomia, à autodeterminação e à dignidade das pessoas com deficiência. O que se questiona é uma tese, revestida do conceito de liberdade, que poderá se converter exatamente no contrário.

Se pessoas com suas faculdades cognitivas em pleno funcionamento atentam contra sua própria dignidade, mesmo que de maneira autônoma, esclarecida e livre de qualquer coação, impondo ao Estado limites contra a autonomia pessoal, porque o Estado não pode intervir na vida de pessoas com algum tipo de deficiência, desde que essa, é claro, seja em prol do próprio indivíduo.

Evidente que a crítica não se estabelece de modo ilimitado, pois a figura jurídica do curador permanece, porém com outro formato. A maior preocupação se refere aos dispositivos que protegiam aqueles diagnosticados como absolutamente incapazes. Desconsiderar as pessoas com deficiência, *a priori*, como tais, é tese louvável, porém necessária em determinados casos.

Rosenvald (2015) teme que o Estatuto tenha avançado além do espaço cedido pela Convenção Internacional e criado um vácuo jurídico na tutela de pessoas acometidas de graves limitações intelectivas, bem como no controle de invalidação dos atos jurídicos por elas praticados.

Nesse sentido, passa-se a analisar as mudanças práticas em razão na alteração da capacidade civil, demonstrando-se criticamente que, infelizmente, em muitos pontos o deficiente ficou mais desprotegido. A lógica de maior liberdade em detrimento da vulnerabilidade se mostra em diversos artigos o inverso.

4 DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS NO CÓDIGO CIVIL

O artigo 85 do EPD demonstra claramente a busca por uma inversão da lógica supracitada. Segundo o artigo: “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.” O parágrafo primeiro chama ainda mais a atenção ao regular que: “A definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”

Assim, questões como testemunha, casamento e adoção, que antes eram atos nulos em caso de deficientes considerados como absolutamente incapazes, passaram a ser válidos. Tartuce, leciona a nova lógica:

Em outras palavras, podem existir limitações para os atos patrimoniais, e não para os existenciais, que visam a promoção da pessoa humana. Além disso, está previsto no mesmo comando que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado (TARTUCE, 2016, p. 84).

A política de igualdade e não discriminação também encontra forte respaldo na EPD. O art. 4º, §2º esclarece que: “a pessoas com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”. Neste ponto, percebe-se claramente o respeito à autonomia e à autodeterminação. Trata-se de um avanço no sentido de se permitir que o próprio indivíduo decida de modo autônomo seu interesse ou não em determinada vantagem.

Uma outra novidade que visa garantir uma maior autonomia aos deficientes diz respeito à inclusão do art. 1.783 A, que trata da tomada de decisão apoiada:

O processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (BRASIL, 2002).

Cabe salientar, em que pese as críticas tecidas em outros pontos, que neste ínterim o legislador foi atento quanto à necessidade de maiores cuidados frente à potencial autonomia do deficiente de escolher livremente dois auxiliares. Elucida o parágrafo terceiro do mesmo artigo que, “antes de se pronunciar sobre o pedido de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.” Ainda o §7º regula que, “se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida e não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar a denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.”

Assim, dificulta-se a escolha do deficiente mediante pressão por um assistente com interesses desconexos daqueles que seriam os melhores para o assistido. Porém, um questionamento que segue em aberto diz respeito à capacidade da escolha, ou seja, até que grau de deficiência poderá alguém escolher pelas pessoas a lhe auxiliarem? Neste ponto, o legislador foi omissivo e caberá ao juiz, frente ao caso concreto, determinar todas as circunstâncias da escolha, inclusive se é um caso de tomada de decisão apoiada ou não.

Ainda no que se refere à ampliação da autonomia do deficiente, o artigo 1.768, inciso IV do Código Civil apresenta uma novidade, qual seja, a possibilidade do deficiente promover o processo de curatela por vontade própria, ou, em outras palavras, poderá se autointerditar.

No tocante a outros pontos, entendidos pelo presente artigo como positivos, especificamente ao regramento no EPD, cabe referência à maior autonomia em questões concernente ao direito à vida. No campo da bioética muito se discute a autonomia do paciente e a necessidade do médico de respeitar sua vontade, sendo um avanço importante também a maior autonomia do deficiente em relação a tratamentos e escolhas médicas.¹⁰

Nesse sentido, demonstrando seu caráter atual e de acordo com as regras mais modernas quanto ao tema, o art. 12º esclarece que “o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.” O parágrafo 1º do mesmo artigo complementa: “Em casos de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada a sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de seu consentimento”.

Há uma forte tendência em se respeitar cada vez mais o consentimento do paciente quanto ao tratamento que ele deseja receber, sendo possível, inclusive, a negativa de um determinado procedimento médico, mesmo que isso venha a causar sua morte.¹¹

Porém, entende-se que os pontos positivos supracitados não careciam, necessariamente, de uma nova legislação ou estatuto para o que fossem reconhecidos. Os princípios constitucionais, juntamente com a própria Convenção de Nova York, já poderiam ser o suficiente para a reinterpretação e promoção de todos eles.

Assim, entende-se a alteração não somente como desnecessária, mas também prejudicial em alguns pontos, como se passará a discorrer. Em uma clara tentativa de se desestigmatizar o tema, o termo interdição foi substituído por curatela em todas as regras do Código Civil, como se, a partir daí o juiz passasse a julgar as pessoas com deficiência de modo mais digno.

A intenção do Estatuto, segundo Paulo Lôbo, ao eliminar o termo “interdição”, é romper com a cultura jurídica de sempre taxar o deficiente como incapaz absoluto. Para o autor,

não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de

10 Nesse mesmo sentido, Beauchamp e Childress: “we defend a principle of respect for autonomy with a correlative *right* to choose (not a mandatory *duty* to choose). [...] Even if the patient delegates that right to someone else, the choice to delegate is itself autonomous”. Em: Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2001, p. 62). *Principles of biomedical ethics*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press.

11 Como é o caso das testemunhas de Jeová que não aceitam transfusão de sangue e tem o direito à negativa do tratamento assegurado, mesmo que o resultado seja a morte do paciente.

todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos. (LÔBO, 2015).

Em que pese a opinião de Lôbo, discorda-se, esclarecendo-se que a interdição, em si, não fora criada exclusivamente para nomear curadores para pessoas absolutamente incapazes. Simão defende que a finalidade do processo de interdição é o:

reconhecimento de incapacidade em relação a enfermidade, doença, deficiência, vício ou prodigalidade. Só pessoas incapazes são interditadas. O representante legal do incapaz, em tais hipóteses, é o curador e tais pessoas se encontram sujeitas à curatela (art. 1.767 do CC). O curador pode representar (incapacidade absoluta) ou assistir (incapacidade relativa) o incapaz (SIMÃO, 2015).

Durante o processo deveria se averiguar o grau de incapacidade e, a partir desse ponto, se determinar o alcance da curatela. Interessante notar que o próprio Paulo Lôbo, em obra anterior ao Estatuto, argumentava que a finalidade da curatela é “a interdição judicial dos maiores de idade que não podem exercer plenamente os atos da vida civil, necessitando de representação ou assistência” (LÔBO, 2009, p. 398).

Ainda o mesmo autor entendia que a incapacidade poderia ser tanto absoluta quanto parcial, o que dependeria da extensão da deficiência.

O importante é considerar qualquer causa física ou psíquica que impeça a pessoa de discernir as consequências dos atos da vida civil que realizar, para o que a curatela é total, ou de cuidar dos próprios interesses, para o que a curatela é parcial. (LÔBO, 2009, p. 398-399) [...] o laudo dos especialistas permitirá ao juiz definir os limites da curatela, que poderá ser total ou parcial, neste caso sendo admitido o curatelado exercer atos da vida civil relativos à mera administração de seus interesses, com exceção dos que envolvam emprestar dinheiro, fazer acordos, dar quitação de importâncias recebidas, alienar bens, dar bens em garantia (LÔBO, 2009, p. 400).

Porém, a partir do momento que se passou a discutir a entrada em vigor tanto da Convenção de Nova York, quanto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lôbo, passou a argumentar que a interdição era um processo que visava a incapacidade absoluta, como se jamais fosse possível nomear curador para assistir um deficiente (incapacidade parcial). Segundo ele, levando em consideração, agora, o Estatuto,

essa curatela, ao contrário da interdição total anterior, deve ser, de acordo com o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível (LÔBO, 2015).

Poder-se-ia imaginar, então, a partir da leitura de autores como Lôbo e Tartuce, que o Código Civil oprime as pessoas com deficiência. Porém, não é esta a opinião de Simão, segundo o qual: “o Código Civil protege pessoas que, segundo concepção histórica, necessitam de proteção” (SIMÃO, 2015).

De qualquer sorte, a alteração dos termos, bem como a tentativa de não mais se utilizar o termo interdição, possivelmente não vigorará em razão de uma desatenção do legislador. Por mais que tenha a substituição do termo interdição por curatela nos artigos 1.768, 1.769, 1.170, 1.771 e 1.772 do Código Civil, os artigos 747 e 763 do Novo Código de Processo Civil, que tratam especificamente do processo de interdição, ou seja, da possibilidade de curatela, mantiveram o termo antigo, gerando um claro conflito, o qual, com o tempo, deverá ser devidamente solucionado.

Outra alteração que demonstra, de certo modo, a contramão do objetivo final é quanto à suspensão da prescrição e da decadência para o incapaz. O artigo 198 do Código Civil afirma que “não corre prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º do Código Civil” (Brasil, 2002), ou seja, pela redação atual, apenas os menores de 16 anos. Destarte, pela nova sistemática da prescrição, ela deixaria de contemplar os deficientes, continuando a correr normalmente prazo prescricional contra eles.

Ainda, outro prazo que beneficiava os deficientes era o da pensão por morte, que é devida desde a data do óbito, independente da data do requerimento, aos absolutamente incapazes. Com a nova redação, a pensão será devida a partir da data do requerimento (se requerida após mais de 30 dias do óbito).

Porém, para Simão, os problemas práticos não param por aí. Critica o autor a existência de um claro efeito inverso no sentido de proteção aos deficientes quanto à natureza constitutiva ou declarativa de incapacidade:

segundo a nova lei, a nomeação de curador passa a ter caráter nitidamente constitutivo e só surtirá efeito para o futuro, deixando o passado do deficiente, justamente ele que precisa de mais ajuda, em perigoso limbo jurídico (SIMÃO, 2015).

Acrescenta, por fim, outras três desvantagens ao deficiente em razão da alteração: 1. A partir do EPD, para receber doação, ele terá de exprimir sua vontade, vide art. 543 do Código Civil; 2. Poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I e 171, I do Código Civil; 3. A quitação por ele dada passa a ser válida e eficaz, afastando-se a incidência do artigo 310 do Código Civil. (Simão, 2015).

Frisa-se, Farias e Rosenvald (2015) lecionam que o negócio jurídico é todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a quem o ordenamento jurídico atribui pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Assim, denota-se que quando o legislador, com mérito, concedeu plena capacidade a pessoa com deficiência, falhou no sentido da proteção diante do sistema das nulidades do negócio jurídico àquelas pessoas com deficiência mental, grave enfermidade ou que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade.

Dessa forma, mesmo que intensa, é plausível a crítica de Simão ao afirmar de modo incisivo, que “com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal” (SIMÃO, 2015).

A curatela, que era instituto a proteger os vulneráveis e assim garantir, dentro dos limites da própria pessoa, o pleno desenvolvimento de sua dignidade, poderá gerar o efeito contrário em alguns casos, tornando-se um mecanismo jurídico em desfavor do deficiente. Cabe aos Registradores e a sociedade em geral aguardarem as retificações.

5 CONCLUSÃO

Em que pese a boa intenção do legislador, resta claro, após a leitura crítica da opinião de autores que enfrentaram o tema, que o Estatuto não logrou êxito em um dos seus principais objetivos, qual seja, conferir maior autonomia às pessoas com deficiência.

Por mais que a criação de institutos como o da decisão apoiada, a autointerdição, a necessidade de consentimento frente a determinados tratamentos médicos, a não obrigatoriedade de aceitação de benefícios em concursos e, principalmente, a revogação da incapacidade absoluta, sejam ao menos em parte positivas, entende-se que em um contexto integral do Código Civil e principalmente a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, a impossibilidade de se declarar alguém com deficiência como absolutamente incapaz acaba prejudicando-o em diversos aspectos.

Nesse sentido, o presente artigo analisou, inicialmente, as principais influências do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Restou claro que além da Convenção de Nova York, que por si só poderia ser o suficiente para uma mudança de postura do judiciário, uma vez que foi ratificado e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, a tese da constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fazem parte de uma estrutura basilar daqueles que defendem e advogam em prol do Estatuto.

Quanto a este ponto, cabe salientar, que o presente artigo compreende como vantajosas tais interpretações e advoga em favor das mesmas, entendendo a necessidade de se harmonizar todo o ordenamento jurídico de acordo com os preceitos constitucionais, mormente de acordo com os direitos fundamentais. Exatamente por esse entendimento, que não compactua, ao menos de maneira integral, com a ideia da impossibilidade geral de decretar a incapacidade absoluta de um determinado cidadão, pois, com a alteração, ao invés de restarem mais protegidos, passaram a um estado de maior vulnerabilidade.

Tratou-se, em seguida, do principal ponto sustentado por aqueles que creem no Estatuto, qual seja, a alteração da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-liberdade. Para os autores entusiastas do Estatuto, essa alteração de paradigma é o ponto central da discussão. Defendem que ninguém poderá ser prejudicado como absolutamente incapaz, mas pelo contrário. Segundo eles, a lógica deverá ser da liberdade, no sentido de que todos são capazes e excepcionalmente alguém será assistido por um curador ou por duas pessoas de confiança, unicamente nos pontos que for necessário, sem extrapolar em qualquer medida a autonomia do assistido.

Porém, como demonstrado no artigo, essa já era a lógica do Código Civil, ou seja, as pessoas, via de regra ou *a priori*, são sempre capazes. Um processo de interdição ou, na nomenclatura atual (segundo o Código Civil), de curatela sempre teve como pressuposto a assistência mínima, podendo ocorrer, em casos excepcionais, a curatela absoluta, na qual, inclusive, os atos relacionados a direitos personalíssimos seriam decididos pelo curador, algo que não mais poderá ocorrer.

Acredita-se que há uma maior exposição e conseqüentemente vulnerabilidade de pessoas, que por motivo de doença ou má-formação não consigam responder por seus atos. Se o curador não poderá representá-los e eles não apresentam o discernimento suficiente para tomar decisões racionais sobre a sua vida pessoal, como deverá se resolver tais conflitos? Seria necessário a criação de uma nova figura legalmente não prevista: a do curador que representa o parcialmente incapaz.

Salientou-se, também, que a dignidade, enquanto direito inerente a todos os seres humanos, será sempre a mesma independentemente do adjetivo que se venha a utilizar após o termo. Tanto a autonomia quanto a vulnerabilidade são características que poderão ser utilizadas como pressupostos tanto para a proteção quanto para a promoção da dignidade. Certo é que a autonomia é pressuposto da dimensão subjetiva da dignidade, ao passo que a vulnerabilidade é pressuposto da dimensão objetiva da dignidade, no sentido de que o Estado não poderá se abster de auxiliar uma pessoa e até mesmo intervir de modo que ela não viole sua própria dignidade.

Por fim, demonstrou-se na prática o porquê das críticas tecidas ao longo do artigo. A impossibilidade de se decretar um deficiente como absolutamente incapaz trouxe diversas mudanças em relação a variados dispositivos que antes, sabedores da situação de vulnerabilidade dos absolutamente incapazes, conferia-os diversas exceções, de modo a facilitar a obtenção ou execução de um direito.

Não restando mais essas exceções ao alcance dos deficientes, os mesmos agora encontram-se em situação ainda mais vulnerável. Como referido ao longo do artigo, a interdição jamais teve como principal objetivo a decretação da incapacidade absoluta. O instituto sempre se ateve a análise conjunta dos fatos, levando-se em consideração,

inclusive, a opinião de um psicólogo e psiquiatra, de modo a se chegar a uma conclusão segura quanto a necessidade de uma curatela parcial ou absoluta.

Salienta-se que não restaram dúvidas quanto a boa intenção do legislador. Por outro lado, percebe-se que não foram levadas em consideração diversas questões de cunho prático, e a ideia de fundo que se baseava na igualdade, autonomia e liberdade, dificilmente logrará sucesso, uma vez que se acentuou a vulnerabilidade.

Acredita-se que uma reinterpretação da dignidade conjuntamente com maior atenção aos processos de curatela, no sentido de se resguardar o maior grau possível de autonomia do deficiente, já seria o suficiente, sem a necessidade de alteração do art. 3º, causador de maior polêmica e de possível efeito inverso.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 62, 2001.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.204, de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art195>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6.949 de 25 e agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas#_edn1>. Acesso em: 04 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Textos Filosóficos. 7 ed. 70, Ita. Lisboa/Portugal. 2011.

LEAL, Fernando: Seis objeções ao direito civil constitucional. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, vol. nº 33, 2015. Págs. 123-165.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

_____. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NAVES, Bruno Torquato. **As contradições do Estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255264,101048-As+contradicoes+do+Estatuto+da+pessoa+com+deficiencia>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

REIS, Jorge Renato dos. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista da Ajuris**, vol. 41, n. 134. 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/207/143>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **O Estatuto da pessoa com deficiência e a “volta das (normas) que não foram**, 2015. Disponível em: <https://ptbr.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1461144244203264&id=1407260712924951>. Acesso em: 24 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 1)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THADEU, W. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.



O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Betina Galves Rui¹

Priscila de Freitas²

RESUMO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência pôs um fim ao reconhecimento da incapacidade absoluta das pessoas maiores e limitou as medidas de proteção nos casos de incapacidade. Visando à inclusão social e estando fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, ampliou e assegurou o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, limitando a curatela a questões patrimoniais e negociais, e criou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, a fim de garantir o exercício de direitos e deveres pelos incapazes. Com efeito, essas inovações interferem fortemente na possibilidade de prática de atos comuns e diários, podendo não ser efetivas na sociedade de acordo com as condições reais existentes e encontradas em pessoas com deficiência. Diante disso, impõe-se o seguinte problema: existe a possibilidade dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada não serem efetivados na sociedade? Para responder ao problema proposto utiliza-se do método dedutivo, realizando-se uma revisão bibliográfica, com o objetivo de sistematizar o entendimento doutrinário sobre o tema, além da análise do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência. A pesquisa realizada demonstrou que os institutos estudados podem não ser efetivos no meio social diante da realidade existente e enfrentada por algumas pessoas com deficiência que não foi considerada pela legislação ao editar e promulgar a Lei.

- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do grupo de pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Pós- Dra. Marli Marlene Moraes da Costa. Advogada. E-mail: bee.gr@hotmail.com.
- 2 Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES. Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral – IRIB/UNISC e Pós-graduanda em Novo Código de Processo Civil – ENA/UNISC e Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil - Centro Universitário Una. Graduada em Direito pela UNISC/RS. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado”, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Advogada. E-mail: pri_freitas02@hotmail.com.

Palavras-chave: Curatela; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Incapacidade; Tomada de Decisão Apoiada.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) promoveu importantes alterações na lei, com o objetivo de garantir a inclusão social e o exercício de direitos por qualquer pessoa, através da presunção de capacidade. Uma das principais mudanças da nova lei foi com relação à inclusão do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que reflete claramente a presunção de capacidade proporcionada pelo Estatuto as pessoas com deficiência, motivo pelo qual é importante compreender a função dessa legislação e seus objetivos para entender se todas as previsões mencionadas podem ser efetivamente aplicadas na sociedade ou podem encontrar obstáculos.

Nesse contexto, impõe-se o seguinte problema: existe a possibilidade dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada não serem efetivados na sociedade? Isso porque a presunção de capacidade estabelecida pelo Estatuto pode encontrar alguns obstáculos na sua efetiva aplicação a partir dos diversos tipos de deficiência que os indivíduos podem possuir e, conseqüentemente, tais institutos que derivam dessa presunção também serão obstaculizados.

Para responder ao problema proposto foi realizada uma revisão bibliográfica, com o objetivo de sistematizar o entendimento doutrinário sobre o tema, além da análise do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O artigo analisa a função do EPD como legislação e sua efetiva aplicação social para os indivíduos juntamente com a tomada de decisão apoiada e a curatela, bem como estuda os princípios e fundamentos que baseiam a existência e os objetivos do próprio Estatuto.

Por fim, o presente artigo busca possibilitar a compreensão de qual é o motivo da existência, função e do objetivo do Estatuto, bem como da tomada de decisão apoiada e modificações da curatela e se esses institutos serão efetivamente aplicados aos portadores de deficiência.

2 O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E REFLEXOS

Desde o nascimento, as pessoas estão expostas a adquirir direitos e, com o passar do tempo de vida, adquirir deveres perante o território no qual se tornam cidadãos. Isso somente é possível pela existência de institutos como a personalidade, conquistada

com o próprio nascimento e a capacidade que, inicialmente, será a de direito e, posteriormente, conquistar-se-á a de fato. Entretanto, existem pessoas que não conseguem alcançar o nível de capacidade necessário para praticar atos da vida civil, como os próprios direitos e as obrigações assumidas, por motivos como alguma deficiência, seja ela qual for e em qualquer nível. Isso ocorre pela existência da denominada incapacidade.

Antigamente, as pessoas que possuíam algum tipo de deficiência não eram consideradas pela sociedade pessoas, mas apenas sujeitos que continham algum “defeito” e por isso não poderiam ser consideradas iguais as demais, já que não poderiam contribuir nos mesmos ou superiores moldes até então existentes no interior de uma sociedade. Esse tipo de pensamento foi se modificando com o passar dos tempos e, principalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi possível que pessoas com deficiência fossem consideradas pela sociedade como sujeitos iguais a pessoas “normais”.

Ocorre que, apesar de adaptações terem sido feitas para garantir essa igualdade, ainda existiam obstáculos que garantissem, efetivamente, que uma pessoa com deficiência conseguisse praticar os atos da vida civil como as demais pessoas que não possuem algum tipo de deficiência. Esse é o ponto principal das alterações que dão origem ao novo Estatuto, pois, apesar de adaptações serem feitas em locais públicos e privados a fim de melhorar e facilitar a manifestação em atos e a própria vida das pessoas com deficiência, ainda existia um fato impeditivo para completar e garantir a igualdade entre tais pessoas, que é a existência de capacidade.

Além disso, o número de pessoas com deficiência no Estado brasileiro atinge grande porcentagem da população, sendo necessárias previsões que garantissem a proteção dessa parte de componentes do território nacional.

Cerca de 45,6 milhões de pessoas no Brasil têm algum tipo de deficiência. É o que aponta a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que investigou os seguintes tipos de deficiência: visual, auditiva, motora e mental/intelectual. Isso significa que ¼ da população brasileira não possuía uma lei especial que assegurasse direitos até o último mês de julho de 2015, quando foi instituída a Lei nº 13.146, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (IBDFAM, <<http://ibdfam.org.br/noticias/5978>>, 2016).

Torna-se importante ressaltar que sempre existiram previsões legislativas de proteção a pessoas com deficiência, como, por exemplo, o Código Civil e a Lei 10.216 de 2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica³) e, embora nenhuma delas possuíssem a nova

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

precisão adotada pelo Estatuto, eram suficientes na efetivação de conquista e prática de direitos e deveres de deficientes. Além disso, o Brasil já havia se tornado signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), por meio do Decreto Legislativo 186 de 2008 e pela promulgação do Decreto Executivo 6.949 de 2009, porém, manteve-se inerte por determinado tempo sem estabelecer diretrizes concretas desses direitos.

De toda forma, o Estatuto regulamenta a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional dos direitos humanos das pessoas com deficiência, ratificado pelo Decreto Legislativo 186 de 2008 e Decreto Executivo 6.949 de 2009 e a sua finalidade de presunção de capacidade possibilitada está fundamentada basilamente através de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o cerne de tal legislação.

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 20).

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio que baseia e fundamenta todos os outros, vez que trata de diferentes formas da contemplação da pessoa natural e suas características, preocupando-se, apenas e suficientemente, com o ser dos sujeitos de direito. Portanto, esse princípio é o epicentro do nosso ordenamento jurídico.

Intimamente relacionado está o princípio da igualdade, que garante o direito entre as pessoas de serem consideradas iguais em seus deveres e obrigações perante a lei, ou seja, a legislação não pode tratar de forma distinta os indivíduos, conforme prelecionam os artigos 1º e 7º da Declaração da ONU de 1948 e a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, caput. A Constituição Federal brasileira é a mais avançada quando o assunto é o princípio da igualdade, já que possibilita a existência de duas visões extremamente distintas de igualdade, quais sejam, a formal e a material.

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

A igualdade formal tem como conceito básico de que todos são iguais perante lei, ou seja, considera a aplicação pura da legislação. Enquanto igualdade material, cuja existência foi necessária para contemplar casos em que a formal não era suficiente para resolver, vez que a existência de desigualdades deve ser considerada também para que se efetive a igualdade entre as pessoas, motivo pelo qual o conceito mais conhecido dessa visão é tratar desigualmente os desiguais, é o clássico conceito de Aristóteles, em que “importava tratar os iguais de modo igual e os desiguais desigualmente” (BONAVIDES, <<http://www.esdc.com.br/>>, 2003), evitando-se injustiça e garantindo o equilíbrio das relações.

Ademais, a liberdade é outro princípio que fundamenta o Estatuto em comento, principalmente com relação à liberdade de manifestação. A existência desse princípio na Constituição Federal garante às pessoas um leque amplíssimo de possibilidades na prática de atos; entretanto, sempre existirão limites a serem respeitados, como, por exemplo, a própria legislação existente. Sarlet (2014, p. 456) afirma que é amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas.

Percebe-se que esses três princípios mencionados estão intimamente relacionados como fundamentação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual tem como finalidade a proteção de pessoas com deficiência em direitos, deveres e possibilidade de prática de atos comuns diários, inserindo e aplicando no ordenamento jurídico à presunção de capacidade.

Em decorrência de todo o exposto, muitos reflexos foram ocasionados e, conseqüentemente, diversas legislações em vigor necessitaram de modificações, exclusões e inclusões de novos preceitos e institutos, como é o caso da curatela e da tomada de decisão apoiada.

Traz o Estatuto diversas garantias para os portadores de deficiência de todos os tipos, com reflexos nas mais diversas áreas do Direito. Será abordado a importante mudança provocada no regime das incapacidades do Código Civil, no que toca ao portador de transtorno mental (REQUIÃO, <www.conjur.com.br>, 2015).

Evidente é a exclusão da curatela. Isso porque, a partir do momento que o novo Estatuto presume a capacidade das pessoas com deficiência, a incapacidade, relativa ou absoluta destas deixa de existir e, conseqüentemente, os meios de suprimento de incapacidade também desaparecem ou são modificados. Não existe motivo para a permanência de um instituto que não seria mais utilizado, quando existe a possibilidade de adequação ou extinção do mesmo na legislação.

A partir disso, evidente a necessidade de outro instituto que substitua, mesmo que de forma diferente e em parte, a curatela, ou melhor, alguns procedimentos que eram exclusivos da curatela. Por isso, surge a tomada de decisão apoiada. Esse instituto arcou com parte da responsabilidade que era imputada a curatela porque lida diretamente com o ser da pessoa com deficiência. Embora seja muito diferente da curatela, a intenção de cuidados não só dos bens do indivíduo, mas também da vida pessoal e dos atos dele torna o instituto, de certa forma, uma substituição.

As particularidades desses dois dispositivos serão estudadas no item seguinte; entretanto, necessário perguntar-se se todas essas modificações realmente poderão ser efetivadas como objetivado pelo novo Estatuto, pois são mudanças significativamente extremas e que dizem respeito não só ao patrimônio de uma pessoa, como também aos atos da vida pessoal.

É importante entender que mesmo que as pessoas com deficiência sejam agora consideradas presumidamente capazes, elas ainda possuem alguma deficiência e, com isso, não quer-se agir ou dizer preconceituosamente que os mesmos não poderiam ter adquirido tal direito, mas, pelo contrário, o problema é que em muitos casos a presença da deficiência será tão presente e expressiva que o mesmo poderá ficar sem a proteção necessária para que assim possa exercer os atos da vida civil e patrimoniais de maneira segura.

Desse modo, importante perguntar-se se a modificação da curatela e a criação da tomada de decisão apoiada realmente serão alterações que conseguirão ser efetivadas na vida real, e não apenas se tornarem mais um tipo de legislação que apenas fica no papel, correndo o risco de prejudicar tais sujeitos de direitos.

Essas explicações serão tratadas mais especificamente no próximo item, contudo, necessária a reflexão aqui exposta para avaliação da condição de pessoa com deficiência e da legislação existente para, posteriormente, formar uma opinião sobre o caminho que está sendo formado a pessoas que, embora possam não ser uma totalidade, mesmo assim precisam de proteção para que não arruinem o que já construíram no decorrer da vida.

3 CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA: CONCEITOS E EFETIVIDADE

Conforme na mencionado no capítulo anterior, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ocasionou inúmeras alterações na legislação brasileira, principalmente com relação à curatela e à inclusão da tomada de decisão apoiada, que merecem ser estudadas a fim de entender como funcionava a incapacidade no sistema brasileiro e como será após a vigência do EPD.

As incapacidades absolutas e relativas são decorrentes de previsões do Código Civil e que permitem seu suprimento para a garantia de representação ou assistência de uma pessoa com deficiência para que este possa praticar os atos da vida civil. Normalmente, a incapacidade é decretada por um juiz, através de uma ação de interdição, após o mesmo verificar realmente que o sujeito se encaixa no artigo 3º ou em algum dos incisos do artigo 4º do Código Civil. Ele decreta a incapacidade e, em seguida, nomeia um curador ou tutor para representar ou assistir, dependendo do tipo da incapacidade.

É oportuno esclarecer que a curatela é um instituto reservado às pessoas maiores de 18 anos, que possuem algum tipo de incapacidade e necessitam de alguém para lhe auxiliar ou representar em atos da vida civil e patrimoniais. Contudo, após a vigência do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela passa a ser um instituto reservado ao nascituro e aos menores de 18 anos, que, conforme já mencionado, são os únicos que podem ser considerados absolutamente incapazes.

Isso ocorre porque o novo Estatuto alterou a legislação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, sob a perspectiva de que agora somente são considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

Antigamente, para que a curatela fosse deferida, era necessário que a pessoa fosse submetida a um processo de interdição, que avaliaria se o sujeito possuía deficiência, o grau da mesma e a possibilidade de autorregular-se e administrar seus bens. É claro que o interditando seria avaliado por especialistas, psicólogos, psiquiatras e demais da área da saúde. Caso o resultado fosse positivo a essas avaliações, a curatela seria decretada, podendo ser parcial ou total. Através desse processo, portanto, é que seria nomeado um curador (LÔBO, 2008).

Com as modificações ocorridas, a curatela passou a ser medida extrema e temporária, dizendo respeito apenas quanto à questão patrimonial do sujeito curatelado, vez que a administração das questões pessoais da vida civil, com relação as pessoas com deficiência, será tratada através da tomada de decisão apoiada.

De fato, após as alterações ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela deixou de ser um instituto crucial no ordenamento jurídico brasileiro, pois o rol de absolutamente incapazes tem a incapacidade resolvida através do instituto da tutela, que é reservado para os menores de 16 anos, enquanto o rol de relativamente incapazes têm a incapacidade resolvida através da assistência, enquanto as pessoas com deficiência são presumidamente capazes.

Nesse sentido, a curatela tornou-se um instituto alternativo à tomada de decisão apoiada e com características de medida extrema proporcionada pelo Estatuto. Como a pessoa com deficiência é agora capaz de gerir-se na vida civil, caso exista algum pro-

blema com as questões pessoais e até patrimoniais, a tomada de decisão apoiada é o instituto competente para solução, enquanto a curatela tem competência apenas para questões patrimoniais, mas sempre quando a situação for extrema e se comprovar a real necessidade. Ademais, ela também deverá ser temporária, ou seja, durar o menor tempo possível. Essas previsões são encontradas no artigo 85 do EPD⁴. A curatela, portanto, não é mais necessária às pessoas com deficiência, devido à presunção de capacidade e, em casos extraordinários, não será suficiente para protegê-las, motivo pelo qual criou-se a Tomada de Decisão Apoiada. Na prática jurídica, essas disposições já são realidade:

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. LAUDO PERICIAL PSQUIÁTRICO QUE CONCLUI PELA EXISTÊNCIA DE ENFERMIDADE QUE AFETA O DISCERNIMENTO PARA GERIR O PRÓPRIO PATRIMÔNIO. SUBMISSÃO À CURATELA QUE AFETA TÃO SOMENTE AOS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. Apesar de o Juízo não estar adstrito à conclusão do laudo pericial para julgar o pedido, a prova pericial, em processos desta natureza, revela-se de suma relevância e pertinência, considerando que é o expert que tem habilidade e competência para proceder ao exame técnico que o pedido inicial exige (art. 753 do CPC/15), reunindo ele as condições técnicas de atestar a existência de enfermidade que torne a pessoa relativamente incapaz e em que medida a capacidade para a prática dos atos da vida civil é afetada (art. 753, § 2º, do CPC/15). No caso, o médico perito nomeado pelo Juízo, especialista na área de psiquiatria, a partir de um exame detalhado, identificou causa para a submissão da requerida à curatela - transtorno mental, demência -, especificando quais atos seriam afetados pela enfermidade que a acomete, constituindo-se prova suficiente para respaldar a submissão da requerida à curatela. Não obstante isso, não se descarta que, agora, de acordo com o art. 85 da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência, "a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.", de modo que a sentença atacada merece reforma, para delimitar que a submissão da requerida à curatela refere-se tão somente os atos que envolvam a gestão de seus bens e de seu patrimônio. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70069466829, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/10/2016)

4 Artigo 85: A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. §1º: A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. §2º: A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. §3º: No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

A Tomada de Decisão Apoiada é uma das principais revelações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é um instituto novo na legislação brasileira e com disposições interessantes e diferentes das antigas previsões existentes sobre a incapacidade. Ela surge para auxiliar a pessoa com deficiência em questões sociais e patrimoniais e que será decretada através de procedimento autônomo. Ainda, importante entender que esse instituto não é caso de representação ou assistência, mas apenas auxílio ao sujeito que, às vezes, não conseguirá decidir com precisão o que lhe será mais vantajoso.

Por esse motivo, não existe para a pessoa um impedido na realização ou tomada de decisão com relação a nenhum ato, eis que existe a presunção de capacidade, mas apenas uma forma de ajuda nas tomadas de decisões por parte desse instituto. Ou seja, esta possuirá uma ajuda, mas não será representado ou assistido. O julgado abaixo esclarece tais disposições:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO INTERTEMPORAL. Sentença e recurso alinhados às disposições do CPC/1973. Julgamento realizado conforme aquele Diploma Legal. Incidência do art. 14 do CPC/15. DA CAPACIDADE DA PARTE RÉ. Alegada incapacidade civil em razão da existência de ação de interdição. Sentença que possui efeitos ex nunc. Suposta ausência de discernimento à época em que firmados os contratos em questão não evidenciada. Presunção da capacidade civil. Prevalência das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015. Perspectiva isonômica. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela. INTERESSE DE AGIR. AÇÃO REVISIONAL JÁ JULGADA ENVOLVENDO OS CONTRATOS OBJETO DA PRESENTE AÇÃO. PRINCÍPIO DA COISA JULGADA MATERIAL. Desnecessária a liquidação da sentença proferida nos autos da ação revisional e instauração de cumprimento de sentença, porquanto possível o prosseguimento do presente, bastando, para tanto, que haja imprescindível observância e adequação dos parâmetros definidos nos autos da ação revisional ao cálculo demonstrativo do débito. Princípio da economia processual. Precedentes desta Câmara. Sentença desconstituída. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069688612, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac, Julgado em 26/10/2016)

A criação desse instituto tem a intenção de demonstrar para a sociedade e garantir uma maior integração e aceitação das pessoas com deficiência perante toda sociedade como uma pessoa capaz e que consegue administrar seus atos da vida civil. Com base nos direitos humanos e na Convenção das Nações Unidas, através do Decreto 6.949/09, no artigo 12.3 é que esses direitos são possíveis.

O Brasil não foi o único país a adotar tal medida. Esse modelo se inspira na legislação italiana, que, por meio da Lei 6, de 2004, introduziu no Código Civil a figura do *amministratore di sostengo*, bem como no art. 43 do Código Civil da Argentina (FIUZA, 2015). No Brasil, a tomada de decisão apoiada se concretiza nos artigos 1.783-A do Código Civil e 116 da lei 13.146/2015 (EPD).

Para colocar em prática a tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas que gozem de sua confiança para assessorá-lo de modo que possa exercer sua capacidade. A existência de tal apoio não limita a capacidade de agir. Trata-se de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa. Nesse sentido, apoiadores e apoiados agem juntos para o maior bem-estar da pessoa com deficiência, sem que se afete a sua presunção de capacidade (DIAS, 2016).

A tomada de decisão apoiada será decretada através de um processo judicial em que a pessoa com deficiência e as duas pessoas escolhidas por ela realizarão um termo que será apresentado em juízo após o requerimento pelo instituto, no qual terá avaliação pelo Ministério Público e os apoiadores serão avaliados por profissionais da saúde.

“A lei não diz, mas certamente é indispensável uma manifestação do juiz deferindo o pedido. Tal decisão, de natureza homologatória, deve ser apresentada, por certidão, em todos os atos praticados pelos apoiadores” (DIAS, 2016, p. 677). Todas essas disposições têm fundamento através do artigo 1.783-A do Código Civil e seus respectivos parágrafos.

Pois bem, com base em tais disposições entendeu-se o que e qual é o objetivo de tais institutos que foram modificados e inseridos na legislação com o EPD. Contudo, importante avaliar se tais previsões poderão ser realmente efetivadas na vida real sem que haja prejuízos dessas pessoas. Para isso, tem-se que avaliar se a presunção de capacidade realmente pode ser concedida a qualquer um, o que aqui já pode-se responder que isso não seria possível.

Vejamos, uma pessoa com deficiência, em que tal deficiência não afeta de nenhuma forma o desenvolvimento e capacidade desta pessoa de se autoadministrar, essas disposições poderão ser aplicadas de forma perfeita. Entretanto, em casos em que o tipo de deficiência afeta fortemente a pessoa e não a permite praticar nenhum ato da vida civil ou parte deles, essas disposições não poderão ser aplicadas, sob pena de autoprejuízo. Deve-se levar em conta, nesse sentido, os acontecimentos reais do dia a dia, e não a intenção legislativa apenas, que com certeza é louvável, mas ao editar e fazer vigor determinada legislação devem ser analisados cuidadosamente quais serão os reflexos reais na sociedade.

Pois bem, toma-se, por exemplo, uma pessoa em coma ou portadora de alguma síndrome grave, em que não há a possibilidade de desenvolvimento o suficiente para praticar os atos da vida civil, a presunção de capacidade é um risco constante de pos-

sibilidades de dilapidação do patrimônio e de práticas de atos prejudiciais à própria personalidade da pessoa. Isso porque a deficiência, do modo que aqui foi colocada, retira o discernimento do indivíduo, tornando-o vulnerável perante outras pessoas e, consequentemente, sem proteção.

Nesse sentido, a aplicação da tomada de decisão apoiada e a curatela, podendo ser chamadas de institutos acessórios à presunção de capacidade, seguem o mesmo caminho. Como a curatela passa a ter competência apenas nas questões patrimoniais, a personalidade da pessoa com deficiência continua desprotegida, e assim também ocorrerá com o patrimônio, vez que por mais que a curatela seja deferida, o que será difícil, pois assume somente casos extraordinários, ela também será temporária, durando o menor tempo possível, conforme as previsões legais do Estatuto.

Em seguida, a aplicação da tomada de decisão apoiada também não será suficiente para impedir ou proteger a pessoa com deficiência, pois a capacidade desta é mantida e os apoiadores somente terão força opinativa, motivo pelo qual o deficiente ainda pode praticar as atitudes que entender por correto.

Nesse sentido, imagine-se casos de coação moral ou física, estelionato ou até mesmo o simples fato de, em determinado momento, a pessoa com deficiência pretender realizar um negócio jurídico porque entende ser valioso, quando na verdade não é, ou até mesmo realizar doações de bens para pessoas desconhecidas ou praticar atos completamente nulos, mas que o prejudicarão a curto ou longo período de tempo.

Pode-se entender os possíveis acontecimentos como exageros; entretanto, é um risco que a pessoa sem nenhuma capacidade de discernimento está exposta. Por esses motivos, se questiona a efetividade de tais institutos fora do papel legislativo. Tanto a curatela como a tomada de decisão apoiada poderão ser aplicadas às pessoas com deficiência através do deferimento de decisões judiciais; entretanto, a efetividade que se espera nas práticas sociais diárias e reais podem não corresponder à efetividade pretendida.

O objetivo da legislação é a maior inclusão da pessoa com deficiência na sociedade através de igualdade de direitos e deveres, bem como nas suas práticas, mas existem casos em que a desigualdade é natural entre pessoas que não possuem deficiências e outras que possuem, e o fato disso existir e ser reconhecido não é uma negação ao Estatuto e suas previsões, muito menos alguma forma de preconceito, mas sim uma visão realista do que acontece diariamente em grandes metrópoles e pequenas cidades.

Logo, se essa desigualdade existe vultuosamente na sociedade, o único meio de tornar todos iguais em direitos e deveres é tornando esses atos possíveis com a proteção adequada aos que necessariamente precisam, mas não será através da curatela e da tomada de decisão apoiada, que mediante esses casos são completamente inaplicáveis, não gozando de efetividade.

Em suma, o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência é louvável ao permitir que essas pessoas pratiquem atos igualmente com pessoas que não portam deficiência, tornando-os completamente inseridos na sociedade e equiparados. Entretanto, a alteração da legislação não observou o grande número de casos em que a pessoa com deficiência naturalmente não possui a condição de ser capaz presumidamente. E isso a pode prejudicar de maneiras significativas, já que não está protegida suficientemente por nenhum instituto modificado ou inserido no ordenamento. De todo modo, a legislação foi editada e está vigendo, motivo pelo qual se deve seguir suas disposições e postular por alterações de acordo com as necessidades que serão enfrentadas no decorrer do tempo.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado ao longo deste artigo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi alterado pelo legislador no intuito de garantir maior inclusão social da pessoa com deficiência na sociedade, assegurando-lhe igualdade no exercício de direitos e obrigações. E isso basicamente está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. A partir disso, alterou inúmeras legislações brasileiras ao prever a presunção de suas capacidades e ao mesmo tempo alterar o instituto da curatela e incluir a tomada de decisão apoiada.

Essas alterações são significativas na condução da vida dos mesmos, e embora seja admirável a intenção da legislação, deve-se atentar-se ao fato de acontecimentos diários que poderão não ser alcançados pelo Estatuto e acabar por prejudicar a pessoa com deficiência. Nesse sentido que se originou o problema dessa pesquisa, vez que os obstáculos que podem ser encontrados pela legislação podem tornar os institutos aqui estudados sem efetividade.

O fato é que quando a legislação deverá ser aplicada a pessoas com deficiência que possuam a capacidade de discernimento plenamente, ela será perfeitamente eficaz e efetiva. Entretanto, quando tratar-se de pessoa que não possua nenhuma ou parte da capacidade de discernimento, e por isso não consegue, mesmo querendo, manifestar-se, como a curatela e a tomada de decisão apoiada podem ser efetivas?

A presunção de capacidade, nesses casos, se torna um risco diário de autoprejuízo, já que existem pessoas com deficiência que não possuem condições de praticar nenhum ato e podem facilmente serem ludibriadas por alguém ou simplesmente praticar um ato prejudicial, entendendo-o como benéfico. Os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, por derivarem da presunção de capacidade, seguem o mesmo sentido, vez que os apoiadores apenas opinam nas possíveis condutas do interessado, mas não tem poder de impedi-lo a nada. Enquanto a curatela, mesmo que possa ser decreta, durará pelo menor período de tempo possível, pois a intenção da legislação é pela não aplicação, se assim for possível.

Por esses motivos, entende-se que em alguns casos os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada não serão suficientes para auxiliar a pessoa com deficiência, motivo pelo qual não serão efetivos conforme as previsões legislativas.

Em suma, a legislação foi editada e está vigorando, sendo as disposições destes institutos plenamente aplicáveis na sociedade; contudo, existirão casos como os mencionados em que esses institutos necessitarão de algumas flexibilizações para conseguirem acompanhar e realmente beneficiar e incluir a pessoa com deficiência na sociedade, cumprindo assim o objetivo da legislação.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado**. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/47>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 26 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

IBDFAM. **Especialista vê divergências relacionadas ao estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5978/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 20.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



A PROTEÇÃO DELEGADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA

*Jaqueline Macedo dos Santos^{*1}*

RESUMO

Este artigo realizou uma pesquisa acerca da proteção destinada aos deficientes ao longo da história da humanidade, realizando uma análise que se funda em comportamentos que partem de tempos bem remotos até os dias atuais. O problema do presente artigo era verificar quais foram os avanços realizados no tocante à proteção da pessoa com deficiência ocorridos na legislação brasileira. No decorrer deste artigo, com o intuito de responder à problemática proposta, foram verificadas algumas Convenções Internacionais, bem como as Constituições Federais e as Leis Infraconstitucionais, para, dessa forma, melhor elucidar ao leitor a forma como os deficientes têm sido tratados e qual a proteção que estes encontraram e encontram nas legislações. Como resultado final desta pesquisa, chegou-se à conclusão de que, embora as evoluções sejam notáveis, a sociedade e a legislação brasileira ainda precisam evoluir em muitos aspectos para se tornarem inclusiva. Cabe ressaltar que no presente artigo o método empregado é o dedutivo, o método de procedimento é o monográfico histórico.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Dignidade. História.

1 INTRODUÇÃO

O presente tem como intuito verificar quais foram os avanços realizados no tocante à proteção da pessoa com deficiência ocorridos na legislação brasileira. Para via-

1 Graduanda de direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), estagiária da Procuradoria da República na cidade de Santa Cruz do Sul, integrante do Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, e-mail: jaqmacedoo@gmail.com

bilizar a realização desta verificação, o trabalho se divide em três partes, ou seja, três subcapítulos.

A primeira parte deste artigo trata de uma visão histórica, analisando o tratamento destinado aos deficientes ao longo da história da humanidade. Esse tratamento, como se verificará por muitas vezes, pode ser tido como absurdo para a sociedade atual, a qual baseia seus alicerces jurídicos no princípio da dignidade da pessoa humana.

No decorrer da pesquisa, mais precisamente na segunda parte, analisa-se as convenções internacionais, Constituições Federais, com enfoque sempre na proteção que esses diplomas dispensaram e dispensam aos deficientes, demonstrando como eles foram e são importantes na adoção pelos países de medidas legais internas que ocasionem a inclusão social.

Ao findar deste artigo, na sua terceira etapa, será analisada a Legislação Infraconstitucional, valendo-se dessa forma da análise dos Códigos Civis (1916 e 2002), demonstrando como este evoluiu, até mesmo em questões de nomenclatura usada.

Ainda na terceira parte da pesquisa serão analisadas algumas das legislações esparsas que possuem visível caráter protetivo, dentre elas a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), globalizando todas essas legislações esparsas que contribuíram em muitos aspectos no caminho da inclusão que se iniciou no Brasil, como será demonstrado no decorrer da pesquisa.

Concluiu-se, no transcorrer da pesquisa, que são visíveis as evoluções positivas que ocorreram e ainda estão ocorrendo nas legislações, mas muita coisa ainda deve ser alterada para chegar-se ao tão sonhado tratamento inclusivo, sendo que a principal alteração deve acontecer na mentalidade das pessoas, pois é ali que se escondem as bases das discriminações atuais.

Cabe ressaltar que no presente artigo o método empregado é o dedutivo, o método de procedimento é o monográfico histórico.

2 A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA HISTÓRIA: QUESTÕES PRINCIPAIS

As pessoas com deficiência, ao longo dos séculos, tiveram diversas formas de tratamento, na maioria das vezes inconcebíveis para os dias atuais, pois eram por demais preconceituosas.

Entretanto, é de notável evolução o tratamento destinado às pessoas com deficiências. Antigamente, eram diversas as nomenclaturas que as legislações lhe destinavam. Mesmo antes de serem codificadas as legislações pátrias, em época de grande confusão regulamentar, já existiam algumas denominações, na maior parte das vezes de cunho preconceituoso (REQUIÃO, 2016).

Anterior ao surgimento do Código Civil (CC), sendo usado como documento referencial, as Ordenações Filipinas de Portugal colocavam as pessoas com deficiências no mesmo patamar de animais ferozes, veja-se: “contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, dos animais ferozes, ou danados [...]” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1603, art. 66, 3, Livro I). Observa-se que a única preocupação existente nessa legislação e em algumas outras correlatas é com a contenção dessas pessoas, pois, elas, na visão da época, poderiam incomodar as demais (REQUIÃO, 2016).

Portanto, como visto, não existia um tratamento humano destinados às pessoas que possuíssem qualquer deficiência. Nesta época, essas pessoas eram tidas como estorvos sociais, tendo o mesmo grau de valorização que os animais desgovernados, sendo totalmente inexistente a sua dignidade, mais acertadamente sendo completamente inexistente a sua condição de ser humano. A única preocupação que esta legislação trazia era com a contenção dessas pessoas, e para isso era permitido o uso do poder de polícia, o uso da força e os meios a ela inerentes (REQUIÃO, 2016).

Vale lembrar que se trata, neste caso, de uma legislação anterior ao CC de 1916 e tendo em vista que naquele cenário temporal a medicina e demais áreas do conhecimento ainda engatinhavam, embora seja forçoso aceitar que expressões como louco, furioso, mentecapto dentre outras fossem usadas, ainda assim é compreensível que esses termos eram utilizados devido à época e ao baixo grau de conhecimento existente.

Em consequente, eram tidos como pecadores e por consequência todos os maus corpóreos eram vistos como castigo divino. A sociedade, infelizmente, até tal data, trazia uma visão totalmente preconceituosa e equivocada dessas pessoas que além das limitações físicas ou mentais ainda eram segregadas pela legislação e pelo convívio social (REQUIÃO, 2016).

Na vigência das Ordenações Filipinas, a curatela era delegada ao pai do “sandeu” e este era responsabilizado civil e até penalmente pelos atos que seu curatelado viesse a praticar. Portanto, se o curatelado representasse perigo à sociedade ou então se seu pai assim o considerasse, o genitor poderia, fundamentando no dever de guarda e segurança, até aprisionar seu filho.

O pátrio poder era muito presente na época, o pai reinava na casa e decidia o que faria ou não com seus filhos. Se no caso esse filho fosse deficiente, então lhe era mais amplamente permitido essa deliberação, sendo que o pai poderia até prender o filho dentro de casa, com base em uma suposta proteção, que não passava de tirania disfarçada (REQUIÃO, 2016).

Nesse período, era comumente encontrada a ideia do paternalismo exacerbado, em que o pai detinha o poder sobre a vida do filho deficiente e este, então por ser visto como vulnerável pelo restante da sociedade, vivia trancafiado em casa ou então era abandonado a própria sorte pelas ruas e portos.

Embora curatelados e sobre o suposto cuidado dos pais, eram considerados os chamados “intervalos lúcidos”, em que a pessoa tida como incapaz voltava a ser provida

de lucidez, sendo que os atos praticados nesses intervalos eram tidos como válidos, mas assim que a “sandice”, como a lei mesmo fala, assim que a sandice retornasse, o pai ou a esposa retornavam aos seus postos de curadores e o deficiente à sua condição de curatelado e de absolutamente incapaz, sendo que nos períodos dos intervalos lúcidos a curadoria não era suspensa, mas apenas perdia a sua eficácia (REQUIÃO, 2016).

Muitas vezes, esses intervalos lúcidos podiam ser simulados, pois quem garantiria que aqueles espaços de tempo ocorreram, além de que, quem daria atenção a uma pessoa reconhecida publicamente como desprovida da razão? Mas, como dito, cabia a figura de uma quase “fé pública”, pois, se o pai, o regente da família na época dissesse algo, isso não seria objeto de questionamento.

Outro exemplo de que os pais, além de curadores, detinham o poder de vida e morte de seus filhos encontra-se na Roma antiga. O texto abaixo exemplifica que as crianças tidas como defeituosas poderiam sofrer infanticídio, ou seja, quem nascesse com algum tipo de deficiência poderia ser morto por seus pais, sendo que esta prática era plenamente aceita na sociedade:

Na Roma Antiga, o pater família dispunha do direito de morte e vida dos seus filhos, o *jus vitae et necis*. Portanto, o infanticídio não era concebido como crime, pois crianças imperfeitas ou que consistissem em algum tipo de desonra à família podiam ser mortas. Este é um período da história (até meados do século v a.c) em que o infanticídio era amplamente permitido e praticado, não sendo concebido como crime e nem reprovado pelos costumes (SANTOS, 2010).

Como exemplificado no texto anterior, as pessoas com deficiências que viviam na Antiguidade, antes do surgimento dos códigos civis, tinham muitas vezes negado até o direito básico de se manter vivos e quando a vida lhe era permitida, a inserção no campo social era simplesmente algo impensável e impossível. O pior disso tudo é que esses assassinatos estavam de acordo com a legislação da época. A história traz diversos massacres que estavam sobre o amparo legal, não somente nos casos dos deficientes, mas em muitas outras situações em que a maioria, ao defender uma ideia, oprimia e sacrificava a minoria que pensava diferente.

Sendo tratados ora com desprezo e ora com piedade, ideia da caridade cristã, ligada à esmola, quando tratados desta forma, recebiam o mínimo necessário para manter sua subsistência, não eram integrados na sociedade e viviam a vagar e pedir esmolas por onde andassem (SANTOS, 2010).

Dependendo da cultura de cada região, eram os tratamentos delegados, sendo que os deficientes nunca tiveram de fato um amparo que os possibilitassem atuar de forma ativa e integrante na sociedade, pois podiam ser rejeitados de plano, servindo de

escravos defeituosos aos comerciantes que transitavam, aberrações de circos, ou meros pedintes nas ruas da cidade, sem ter nem chance de ingressar direito na sociedade, ou então serem tratados pobres coitados, dignos de pena, pela sociedade da época. Entenda-se que as duas possibilidades são horríveis, pois não delegam vida digna ao deficiente e este encontrava-se ao léu, sem um apoio concreto. Com essa forma de tratamento, essas pessoas nunca conseguiam desenvolver suas capacidades em plenitude como deveria de fato ocorrer, como observa-se pelos dizeres a seguir:

As pessoas com deficiência, via de regra, receberam dois tipos de tratamento quando se observa a História Antiga e Medieval: a rejeição e eliminação sumária, de um lado, e a proteção assistencialista e piedosa, de outro. Na Roma Antiga, tanto os nobres como os plebeus tinham permissão para sacrificar os filhos que nasciam com algum tipo de deficiência. Da mesma forma, em Esparta, os bebês e as pessoas que adquiriam alguma deficiência eram lançados ao mar ou em precipícios. Já em Atenas, influenciados por Aristóteles – que definiu a premissa jurídica até hoje aceita de que “tratar os desiguais de maneira igual constitui-se em injustiça” – os deficientes eram amparados e protegidos pela sociedade (GARCIA, 2011, p. 1).

Não há como se comparar as legislações anteriores aos códigos civis com a atual Constituição Federal (CF), pois nesta, em seus direitos fundamentais, está presente o direito à vida digna. Vida digna é, como pode-se observar, muito mais do que antes era delegado aos deficientes e um alvo que não foi atingido em cheio nos dias atuais.

O direito à vida digna tido como fundamental na legislação pátria, muitas vezes tem sido transvestido em prol de um falso assistencialismo. Corruptos se elegem todos os anos com base em falsas promessas de políticas igualitárias que nunca saem do papel. Muito dinheiro público que iria para a assistência dos deficientes acaba por escorrer água abaixo, restando o desleixo e uma vida que não pode ser considerada digna aos trabalhadores e principalmente àqueles trabalhadores brasileiros com deficiências.

Os tempos mudaram, as legislações também, mas quando se fala em igualdade de fato, ainda vemos muitos trabalhadores que possuem suas limitações físicas ou mentais padecendo nas filas do Sistema Único de Saúde (SUS), ou então esperando eternamente uma educação inclusiva de qualidade que, ao que se nota, tardará a chegar.

O trecho a seguir explica o que se entende por princípio da dignidade da pessoa humana, tornando mais claro que esta dignidade era negada aos deficientes nessa época tida como remota, sendo que diversos fatores ainda devem ser revistos para que a sociedade evolua a ponto de efetivar os preceitos a seguir elencados e portanto desejados pela sociedade atual:

Direito fundamental integrante da categoria de direitos negativos ou de defesa, também denominados direitos individuais ou de liberdade. Proclama o valor distinto da pessoa humana e tem, como consequência lógica, a afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo, sexo e outras. Objetivo e fundamento dos direitos humanos, dá unidade ao sistema constitucional brasileiro (SILVA, 2007, p. 114).

Além do que fora anteriormente explanado, um setor mais pode-se dizer público da vida. Ainda ocorrem horrores dentro dos seios familiares, em que pessoas com deficiências são tratadas como objetos, ora por desconhecer as potencialidades de cada um e ora por tirania, comodidade.

Em regra, as pessoas com deficiências, desde crianças, exigem cuidados especiais que se prorrogaram ao longo do tempo, e esses cuidados dão trabalho, o qual os pais, muitas vezes, não estão dispostos a realizar, e não realizando, banem como outrora a uma situação sub-humana de sobrevivência, esquecendo que as leis mudaram. Mas, infelizmente, a mentalidade das pessoas ainda tem muito que evoluir para que no Brasil se atinja um patamar igualitário de oportunidades.

2.2 A proteção das pessoas com deficiências nas Convenções Internacionais e nas Constituições Pátrias

Ao longo da história das pessoas com deficiências, as Convenções Internacionais sempre foram de grande valia, pois impulsionavam os países a aderirem um posicionamento mais humanitário, o qual, na maioria das vezes, passava a integrar de uma forma ou outra as legislações pátrias e até mesmo as constituições federais.

Como será verificado ao longo deste capítulo, a atual Constituição brasileira sofreu grande e positiva influência das Convenções Internacionais, bem por isso é tão gritante seu caráter humanitário.

Com o surgimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007), alguns aspectos modificaram-se, sendo que o Brasil foi pressionado a incorporar em sua legislação uma regulamentação que trouxesse mais autonomia a quem dela dependesse.

Esta Convenção conceituou, em seu artigo primeiro, quem se enquadra no conceito de deficiente, deixando este conceito bem claro, prevendo que pessoas deficientes são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo e elenca as várias formas que esses impedimentos podem aparecer, sendo físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, como pode ser observado através da transcrição a seguir:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (ONU, 2007).

Além de ter conceituado, como visto anteriormente, a convenção referida defendeu veementemente o direito à vida, sendo que é obrigação do Estado proporcionar uma vida digna. Fora reafirmado pelos Estados que a integraram o fato de que qualquer ser humano tem direito à vida, sendo missão desses estados proporcionar os meios hábeis para que o deficiente desfrute de uma vida digna (ONU, 2007).

Essa Convenção foi incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25 de agosto de 2009, sendo que agora, como legislação nova, surgiu a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), reafirmando-a.

Com a promulgação do EPD, foi respeitado o que está previsto no artigo quarto da mencionada convenção. Este artigo preceitua que os estados partes modifiquem aquelas leis internas, que tenham caráter discriminatório, assim alcançando um patamar maior de igualdade tanto almejado por toda a população mundial (CLETO, 2016).

Mesmo sendo de conhecimento de toda a população que diversas convenções têm sido incorporadas nos países, por pura pressão dos demais países que são membros, pressão política, em um mundo globalizado, isso pode implicar em quebra de acordos financeiros, parcerias econômicas, prejuízos na economia nacional. Mesmo assim, possuir uma lei interna que proteja a liberdade do deficiente só pode ser um ato visto com bons olhos, como um passo que fora dado em direção ao imenso caminho que ainda deve, com o decorrer do tempo, ser percorrido.

Nas Constituições Pátrias são seguidos os entendimentos das convenções internacionais, sendo as Constituições sistemas normativas que regulam as atividades sociais dos seres humanos, portanto, um elemento norteador do Estado, uma lei maior na qual se baseiam as demais leis existentes. As demais leis devem, por óbvio e sem exceção, não fugir das regras impostas pela Constituição, sendo que normas que venham a fugir podem ser consideradas inconstitucionais e descartadas por ferirem a CF. Isso demonstra como a Constituição é importante, como pode ser aferido a seguir:

A Constituição é o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência. Esse conjunto se desdobra em regras relativas à organização social essencial, isto é, à ordem individualista e às liberdades individuais, e em regras relativas à organização política e ao funcionamento do Governo (HORTA, 2003, p. 52).

A sociedade, ao longo dos séculos, veio mudando, sendo que a atual Carta Magna foi uma construção baseada nas mudanças que ocorreram na forma de tratamento usada com as pessoas com deficiências. Muito embora, na vida dessas pessoas, poucas coisas ou quase nada tenha mudado de fato, se no século passado chamar de mentecapto e trancafiar dentro de casa eram condutas tidas como aceitas pela legislação brasileira, muito embora constituíssem graves ofensas a condição humana do indivíduo, atualmente essas ofensas, na maioria das vezes, só mudaram de forma, mas continuam a ocorrer desregradamente. Pessoas são segregadas por não terem recebido preparo e educação adequada para se adaptarem ao mundo que as cerca.

Em uma análise histórica das Constituições anteriores, como as dos anos 1824 e de 1891, percebe-se que é nítida a falta de preocupação destinada às pessoas com deficiência, não havendo registros nesses textos legais que demonstrem preocupação para com os deficientes (ARAÚJO, 1997).

A Constituição de 1934 já traz um aspecto assistencialista no seu artigo 138. Ainda que básico, esse aspecto não passa sem ser notado, pois este relata que é um dever da União, dos estados e também dos municípios garantir a prestação de amparo aos deficientes, proporcionando a estes serviços especializados e coordenar os serviços já existentes (BRASIL, 1934).

Nenhuma modificação significativa ocorreu na vigência das Constituições de 1937, de 1946 e 1967, pois, só traziam noções genéricas de tratamento igualitário, noções essas que, na realidade, que demonstravam a falta de preocupação com os deficientes. Isso ocorre porque eles são uma minoria, uma minoria quase sem voz, formada em sua maioria por pessoas pobres como o restante da sociedade brasileira, que é uma sociedade pobre e sem estudo, que não conhece seus direitos e deixa se ludibriar por legisladores mal intencionados (ARAÚJO, 1997).

Já em acordo com a CF de 1988, a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, veio trazer a tão falada igualdade, pois em num país onde todos são iguais perante a lei, onde as pessoas possuem direito à vida, à liberdade, nada mais justo do que garantir uma igualdade material as essas pessoas que vêm sofrendo ao longo da história com o descaso estatal e social, sendo vítimas dos mais diversos tipos de preconceito e de segregação. Nada mais justo que obedecer à CF, adequando e incorporando normas que venham a efetivar a igualdade de fato, que pode ser tida como aquilo que assegura as mesmas condições a todos. Veja-se:

Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (MIRANDA, 2012, p. 225).

A atual Constituição é muito mais humanizada, ela se preocupa em proporcionar um tratamento igualitário e inclusivo a toda a sociedade. Existem diversos artigos que falam expressamente sobre o tema. O artigo sétimo (BRASIL, 1988) apresenta uma garantia trabalhista do deficiente, sendo que este não pode sofrer nenhum tipo de discriminação, principalmente o fato de a pessoa ser deficiente não deve ensejar a esta uma diferenciação salarial ou de oportunidades de conseguir um emprego, por exemplo.

No título III que diz respeito à organização do Estado, os artigos 23 e 24 tratam expressamente o compromisso assumido pelo Estado. O artigo 23 é em prol da saúde e assistência pública (BRASIL, 1988). O artigo 24, diferentemente do artigo 23, analisa a competência concorrente, dizendo que a proteção e a integração das pessoas deficientes com a sociedade é uma obrigação que compete à União, bem como aos estados e ao Distrito Federal legislar (BRASIL, 1988).

No que se trata de Administração Pública e Ordem Social (capítulos VII e VIII), os artigos 37 e 203 expressam claramente seus preceitos, reafirmando o compromisso de seguir a legalidade (a Administração Pública somente pode realizar atos que estejam previstos em lei, ao contrário do que ocorre com os particulares que podem praticar todos os atos que não estejam vedados por lei) e reservar um percentual de cargos na Administração Pública às pessoas que contenham algum tipo de deficiência, pois, se o Estado cobra de particulares a inclusão social, não pode a Administração Pública desprezar esse dever de igualdade, não seria ético com os princípios defendidos agir de forma diferente. A igualdade é meta a ser atingida por todos e bem por este motivo não pode e não deve ficar em segundo plano na esfera pública, ela deve ser acessível (BRASIL, 1988), como exposto a seguir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988.).

Quando se fala em educação, o artigo 208 garante um atendimento especializado aos deficientes, trazendo como um dever do Estado brasileiro, sendo que isso deveria ocorrer de preferência nas instituições de ensino regulares (BRASIL, 1988).

Na prática, infelizmente, sabe-se que várias crianças com deficiência são atendidas por profissionais despreparados e que na maioria das vezes as desmotivam; ou, então, outra situação triste que ocorre é quando o local de ensino não é um lugar acessível para que a criança interaja com os demais colegas e aprenda de fato.

A família também é figura importante no cenário constitucional, funcionando como garantidora, zelando sempre pela integração dos seus membros, tendo que, em conjunto com o Estado e com os demais membros da sociedade, tratar com prioridade os deficientes, assegurado a estes o direito à vida, segurança, lazer.

O lazer é um atributo importante, pois, quando a lei delegou o dever da família em conjunto com os demais órgãos priorizarem o lazer, ela demonstrou que espera que as pessoas com deficiência não sejam trancafiadas em casa, como ocorria na Antiguidade, e sim que essas saiam de casa se divirtam e venham a interagir de forma ativa na sociedade. Um dispositivo que expressa claramente essa ideia de família e de liberdade e participação social da pessoa com deficiência, atingindo a plenitude de uma vida digna e participativa, é o artigo 227 da CF, pois, para este artigo, a vida, a saúde, a educação, bem como o lazer, são deveres da família, da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Já o inciso II do artigo acima referido demonstra perfeitamente os deveres, metas e preceitos com o qual o Estado brasileiro trabalha para atingir a tão sonhada igualdade, trabalhando em prol da construção de programas de atendimento especializado, que integrem socialmente a pessoa com deficiência, o treinando para o trabalho e garantindo o seu acesso a lugares públicos, através da construção de logradouros e melhoria no transporte público.

Em seu artigo 227, inciso II, a CF de 1988 demonstrou também a sua preocupação em inserir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho e na sociedade, fazendo com que ela esteja preparada para contribuir de forma ativa no desenvolvimento do país, pois, como referido, ela estaria preparada e plenamente adaptada.

Outro artigo que visa adaptar a pessoa com deficiência à sociedade e que não pode ser esquecido é o artigo 244, o qual prevê a necessidade da construção de prédios adaptados, bem como da adaptação do transporte público, para que este atenda de forma efetiva quem possui uma necessidade.

A Constituição cidadã atua de mãos dadas com o princípio da solidariedade e da dignidade humana, proporcionando a todos os brasileiros uma vida digna, independentemente de suas condições físicas ou mentais, efetivando o bem-estar social, sendo que a solidariedade não se baseia apenas em um caráter caridoso, e sim em um caráter inclusivo. Veja-se:

O ordenamento jurídico brasileiro, no pós Constituição Federal Brasileira de 1988, trilha um caminho de constante busca pela efetivação dos direitos e garantias

fundamentais. Utiliza-se da hierarquia das normas para bem regular todos os direitos. Assim, a norma que se encontra no topo da pirâmide normativa é a que servirá de base para a construção de todas as demais, chamadas de normas infraconstitucionais (BRANDT; REIS, 2016, p. 1)

Portanto, é tangível a evolução constitucional no tocante ao apoio e a integração das pessoas com deficiências. Muitos tabus foram quebrados e outros tantos ainda estão sendo jogados em desuso.

Nenhum artigo revela de forma mais explícita a ideia de igualdade a ser atingida do que o artigo 5º, o qual entende que a legislação brasileira não pode fazer distinção nenhuma entre seus cidadãos, preservando a estes suas vidas, liberdade e dando a eles segurança (BRASIL, 1988).

No momento em que a CF, em seu artigo 5º, previu a igualdade sem distinção e garantiu o direito à vida, o tratamento discriminatório foi eliminado no Brasil (pelo menos juridicamente falando), tornando a igualdade uma regra-geral a ser seguida.

2.3 A proteção legislativa infraconstitucional pátria às pessoas com deficiência

Em uma análise infraconstitucional pátria, observa-se que no CC de 1916, alguns termos deixaram de ser usados e outros foram substituídos, mas seus substitutos ainda possuíam uma carga de preconceito e de desconhecimento muito grande, não mudando muito a realidade fática das pessoas com deficiências.

O cerne da questão das incapacidades nesta lei era a suposta proteção, fundada no conceito de liberdade vulnerabilidade, em que a pessoa do incapaz era tida como vulnerável e por isso precisava ser protegida, pois poderia haver terceiros de má-fé, e estes lhe poderiam fazer algum mal (TARTUCE, 2015).

Atualmente, questiona-se o conceito de liberdade vulnerabilidade justamente porque não há como se precisar se o suposto protetor e responsável pelo deficiente, ao dizer protegê-lo, não estava de fato se aproveitando do mesmo. Quando se tira a liberdade de voz de alguém, como saber se quem está falando por esta pessoa, fala visando o bem da mesma.

Era gigante neste código (Código de 1916) a preocupação patrimonial, sendo que esta superava as questões referentes ao bem-estar do curatelado e embora não seja possível efetuar a partilha da herança de pessoa viva, no Código de 1916, o interdito muitas vezes ficava sem os devidos cuidados e assistência, conquanto que seu curador administrava e até mesmo se beneficiava dos bens pertencentes ao curatelado.

A figura dos “loucos de todo o gênero” veio englobar aqueles diversos nomes presentes nas Ordenações Filipinas. Essa nomenclatura estava presente no art. 5º do Código Civil de 1916, o qual elencava um rol de pessoas absolutamente incapazes para exercer os atos normais da vida civil, e nesse rol de pessoas encontrava-se presente também a figura do louco de todo o gênero, que era na realidade qualquer pessoa com deficiência (BRASIL, 1996).

Na lei anteriormente referida, a figura do louco de todo gênero englobava as pessoas com deficiências, qualquer que fosse o tipo de deficiência, tanto física quanto mental. A pessoa com deficiência era tida como louca, as deficiências eram muitas vezes atreladas pela legislação a falta de caráter ou as famosas enfermidades morais e não ligadas a doenças ou necessidades especiais como de fato deveriam ser (PEREIRA, 1999).

O CC de 1916, ao tratar os deficientes como “loucos de todo o gênero”, lhes retirava toda a capacidade para a vida civil, como pode-se afirmar pela leitura do texto a seguir. Este fala sobre como os conceitos de normalidade vêm se modificando ao longo do tempo, sendo os conceitos muito relativos à época. Mostra como são e foram vistos os deficientes e como isso afeta os atos da vida civil:

A história sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição à razão. Mas esta fronteira entre o normal e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado ao longo do tempo. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada... eram loucura. Loucura que não tinha remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez e se faz até hoje no campo jurídico é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil. (PEREIRA, 1999).

O Código de 2002 foi menos restritivo tirou essas nomenclaturas ofensivas e segregativas, não usou mais o termo “louco” ou outros de igual calibre, mas, infelizmente, manteve a incapacidade como absoluta e a interdição do deficiente como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Baseando-se ainda na vulnerabilidade da pessoa com deficiência, não lhe era permitido o direito a voz e a escolha.

Talvez, em uma visão poética, o CC de 2002 manteve a incapacidade por acreditar que assim estava protegendo, tutelando. Ocorre que, como será demonstrado a seguir, proteção excessiva não cria para a vida, não ensina a se expressar e a clamar pelos seus direitos. Talvez, na melhor das intenções, alguns pais e a sociedade como um todo tenta dar asas àqueles tidos como vulneráveis, mas sem asas ninguém voa e sem voar a vida seria uma monotonia que não seria tão válida a ponto de ser chamada de digna.

Além do tratamento destinado as pessoas com deficiências pelos Códigos civis (1916 e 2002), no Brasil, em diversos diplomas legais pode-se observar a preocupação

com as pessoas com deficiências. O intuito destes diplomas, desde seu surgimento, é proporcionar igualdade de condições entre todos os cidadãos. Entre as normas constitucionais podem ser observados os decretos nº 186 de 09 de julho de 2008 e o nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, sendo o primeiro responsável pela aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, e o segundo promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Quando se trata de Leis Federais, são, ao todo, 33 normas que falam sobre o tema, das quais serão destacadas apenas algumas. Dentre essas normas encontra-se o EPD (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), a mais recente, no entanto, não menos importante, norma protetiva, o Estatuto foi fruto de muito clamor popular e pressão externa, pois as convenções ratificadas contribuíram, de certa forma, exercendo um tipo de pressão para que o Brasil elaborasse uma lei interna.

Além do Estatuto, outra lei federal também é de suma importância, a Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, que institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadoras de deficiência. A presente lei tem como meta alcançar uma educação igualitária e para isso discrimina a forma como a União e demais órgãos federados devem colaborar.

O ato de instituir um fundo nacional complementar de atendimento especializado às pessoas com deficiências veio no intuito de inserir as crianças deficientes na educação regular, sendo que as entidades privadas que não tenham fins lucrativos e que prestem serviços de educação especial de forma gratuita se beneficiaram com a transferência de recursos efetuada pelo Fundo Nacional.

A lei anterior fala de educação, mas, além da educação, as pessoas precisam de um meio de locomoção eficiente, e para isso existe uma lei que infelizmente ainda não é muito conhecida pelos brasileiros, que é a Lei nº 10.754, de 31 de outubro de 2003, que altera a Lei Nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 e dispõe sobre a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência física e aos destinados ao transporte escolar. Esta lei permite que uma pessoa com deficiência adquira seu carro de forma mais facilitada. É, de fato, um incentivo.

Mas para alguns, mesmo com o incentivo anteriormente referido, os custos ocasionados pela compra de um automóvel são muito altos, tornando a aquisição impossível.

Para quem mesmo com o benefício de isenção do IPI não pode ter seu próprio veículo, a outra saída, os transportes públicos interestaduais, também não devem ter custos para os deficientes, isso graças a Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas com deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Mas

essas pessoas, como a própria lei diz, devem ser comprovadamente carentes, ou seja, se uma pessoa com deficiência possui uma renda alta, esta não se beneficiará de tal lei.

Além das leis federais referidas, ainda existem várias outras, mas agora irá se mencionar alguns dos 19 Decretos que abordam o tema. Não por grau de relevância, pois todos são muito importantes, mas já que o presente trabalho por tantas vezes se referiu ao tratamento discriminatório, o primeiro decreto a ser lembrado só poderia ser o Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, que promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Todas as formas de discriminação, sem exceção, desde a forma de chamar (nomenclatura), até a forma de atender, de receber e aceitar, incluir no ambiente de trabalho, no geral estão todas banidas.

Outro decreto importante é o que garante a subsistência com o mínimo de dignidade. Trata-se do Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Ele regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência, que é vital a muitas pessoas, pois sabe-se que, muitas vezes, por não conseguirem colocação no mercado de trabalho, os deficientes chegam a passar necessidades. O artigo que fora regulamentado pelo decreto é o a seguir referido:

Art. 162. O benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será pago ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a seis meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento. Parágrafo Único. O período a que se refere o caput poderá ser prorrogado por iguais períodos, desde que comprovado o andamento regular do processo legal de tutela ou curatela (BRASIL, 2007).

O real intuito de todos os diplomas legais anteriormente mencionados é adaptar a sociedade, coagindo-a para que tome medidas efetivas de inclusão, pois, muitas vezes, o ato inclusivo se confunde com uma simples colocação de rampas de acesso. As pessoas merecem muito mais que o básico. Todos querem e merecem viver dignamente.

5 CONCLUSÕES

No presente trabalho verificou-se que desde a Antiguidade as pessoas com deficiências foram, por muitas vezes, colocadas à margem da sociedade, sofrendo com o tratamento discriminatório que lhe era delegado, subjugados a uma condição sub-humana de existência.

Com o intuito de frear a discriminação existente foram criadas várias leis, como se verificou através do estudo das convenções internacionais, constituições federais e leis infraconstitucionais.

Embora ainda haja muita coisa para se evoluir, torna-se visível o esforço das legislações em prol de ofertar uma vida mais plena as pessoas com deficiências, efetivando, de certa forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Os diplomas mencionados buscam, desta forma, delegar mais autonomia e igualdade.

Muitas condutas preconceituosas já foram superadas, sendo que, como visto, as pessoas com deficiências saíram de um tratamento animesco e estão alcançando pouco a pouco espaço na sociedade brasileira e mundial.

Um reflexo recente dessa busca por espaço positivada encontra-se na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), trazendo consigo a figura da tomada de decisão apoiada.

Constata-se, portanto, que as legislações estão evoluindo de forma notável, afetando de maneira positiva a interação das pessoas com deficiências e o mundo que as rodeia. No entanto, para que haja um tratamento de igualdade plena, a mentalidade das pessoas ainda têm muito que evoluir, sendo que vários preconceitos ainda terão que ser superados.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

BRANT, Fernanda; REIS, Jorge Renato dos. Princípio da solidariedade na Constituição Federal brasileira de 1988: uma nova perspectiva social. 2016. In: **III Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16159>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018

_____. **Estatuto da pessoa com deficiência. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>, Acesso em: 15 ago. 2017.

CLETO, Vinicius Hsu. A convenção de Nova Iorque e o estatuto da pessoa com deficiência: ordenamento brasileiro e políticas públicas. **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-convencao-de-nova-iorque-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-ordenamento-brasileiro-e-politicas-publicas,57368.html>>. Acesso em 25 jan. 2017.

GARCIA, Vinicius Gaspar, As pessoas com deficiência na história do mundo. **Bengala Legal**. <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

HORTA, Raul. **Direito constitucional**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual do direito constitucional**. Coimbra, 2012.

ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. **A convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência**, 2006. Disponível em: <<https://www.selursocial.org.br/convencao.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

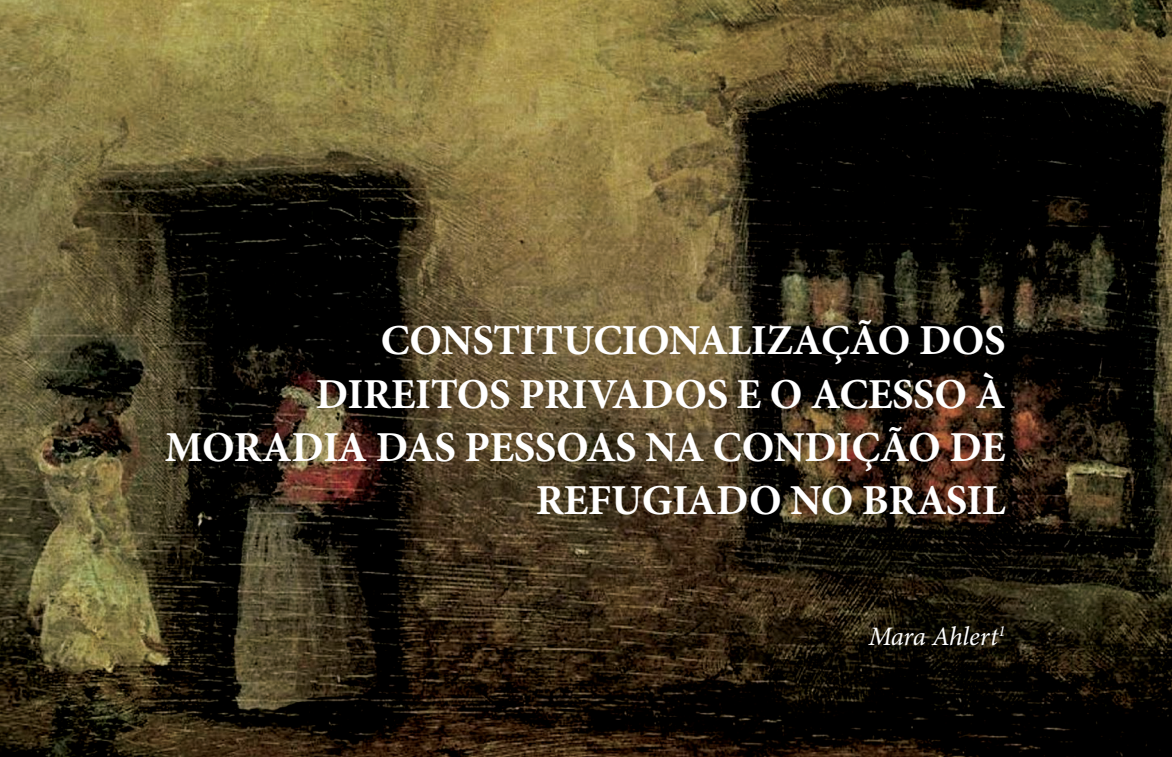
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Todo gênero de louco – uma questão de capacidade. Belo Horizonte. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 1999. Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rodrigo_da_Cunha/Generolouco.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Natalia de França. O infanticídio indígena no Brasil: O universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. **Derecho y Cambio Social**. Disponível em: <<http://www.anml.org.br/wp-content/uploads/2016/12/O-infantic%C3%ADdio-ind%C3%ADgena-Natalia-de-Fran%C3%A7a-Santos.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Dignidade da pessoa humana. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2015.



CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS E O ACESSO À MORADIA DAS PESSOAS NA CONDIÇÃO DE REFUGIADO NO BRASIL

Mara Ahlert¹

RESUMO

A internacionalização dos Direitos Humanos ocorre desde a segunda metade do século XIX, sendo que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 é o principal instrumento jurídico pelo qual se concretizam estes Direitos Humanos e fundamentais. O estudo propõe-se a analisar a relação entre Direitos Humanos, consistentes em civis, políticos e sociais, e o Direito Privado, consistente no ramo do Direito que estuda os princípios e os regramentos pertinentes aos assuntos entre particulares. Aliado a isso, o estudo abordará o direito à moradia, garantido a brasileiros e estrangeiros. Denota-se que os Direitos Humanos regulam essencialmente as relações entre o Estado e o particular, ou seja, são aplicados às relações privadas, em decorrência da constitucionalização dos direitos privados, que prevê que o Estado tem gerência em assuntos particulares, com a finalidade de reconhecer os Direitos Humanos como categoria máxima de proteção institucional. Dessa forma, o artigo objetiva analisar a situação das pessoas na condição de refugiado à luz dos Direitos Humanos e o acesso destes ao direito à moradia, visto que no Brasil existe a Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, na qual constam as condições para o reconhecimento da condição de refugiado em solo brasileiro.

Palavras-chave: Direito privado, Direitos Humanos, função social, moradia, refugiados.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em nosso país, a constitucionalização dos direitos privados tem o propósito de garantir ao Estado o poder para intervir em assuntos particulares sempre que a

¹ Advogada e Mestranda em Direito pelo PPGD - UNISC - Conceito Capes 5. Pós-graduada em Docência na Educação Profissional e Formação Pedagógica pela Faculdade Cenecista de Osório – Facos. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Endereço eletrônico: maraahlert@yahoo.com.br.

magnitude do assunto demonstre a necessidade de imposições de leis cogentes para assegurar a segurança jurídica.

Observando que os Direitos Humanos se aplicam às relações privadas, denota-se que não é possível que os particulares se amparem no princípio da autonomia da vontade para isentar-se do dever de respeitar os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.

Sob a ótica dos Direitos Humanos, é correto afirmar que um país que acolhe uma pessoa na condição refugiado está tendo uma postura humanitária e de solidariedade. Em decorrência dos tratados internacionais criados entre países houve um aumento no número de indivíduos refugiados que vieram para o Brasil nos últimos anos.

Lamentavelmente, os direitos podem vir a ser violados, seja para um indivíduo ou para uma coletividade. Se analisarmos detalhadamente, percebe-se que garantir os Direitos Humanos às pessoas e fazer com que ocorra a efetivação desses direitos é mais complexo ainda.

Quando abordamos o assunto sobre refugiados, há de ter claro que os aspectos que fazem com que uma pessoa tenha que se submeter a essa condição são situações extremas, as quais envolvem perseguições em virtude de sua raça, credo, opção política.

O ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, com sede na cidade de Genebra, foi criado com o intuito de enfrentar a problemática que envolve o número elevado de pessoas que precisam de amparo e que não podem mais contar com a proteção de seus países de origem. O ACNUR trabalha para garantir a permanência do refugiado em determinado Estado, com autorização do país em que foi recebido, inclusive busca auxiliar os refugiados a obter subsídios materiais até que consiga ter as condições mínimas para sua manutenção no país em que foi abrigado.

Entretanto, a situação dos refugiados está ocasionando uma crise humanitária de âmbito internacional em proporções jamais estimadas e, em decorrência desta problemática, verifica-se que lideranças governamentais carecem de vontade suficiente para executar planos e ações contundentes e efetivas para acolher os refugiados.

No Brasil, vigora a Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, na qual estão definidos os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, no qual constam as condições para o reconhecimento sob a condição de refugiado, bem como os deveres e direitos inerentes a este indivíduo.

Sob a ótica dos Direitos Humanos, resta evidenciado que os princípios constitucionais vigentes protegem o refugiado no Brasil, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, enfatizando que, tendo uma legislação que

reconhece a figura do refugiado, nada mais justo que esta pessoa tem a garantia de uma vida digna no Brasil.

Ainda, abordando a constitucionalização do direito privado, o artigo tratará sobre o direito à moradia, visto que boa parcela das pessoas refugiadas que vem para o Brasil, o faz com o intuito de estabelecer sua moradia definitiva neste país, inclusive aderir a programas habitacionais para facilitar o acesso à moradia. Nesse contexto, será analisada uma decisão judicial que trata sobre o acesso ao programa habitacional Minha Casa Minha Vida, pretendido por um estrangeiro na condição de refugiado.

A decisão judicial que será analisada no último capítulo enfrenta diversos aspectos que devem ser observados com cautela, visto que trata da pretensão do acesso à moradia por parte de refugiado que não possui visto de permanência no Brasil, o que requer um olhar atento para a lei que trata do refúgio propriamente dito – Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, bem como um olhar para o direito social à moradia e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em última análise, o estudo aponta a necessidade de se buscar solução para oferecer aos refugiados condições para a manutenção de uma vida digna, visto que estas pessoas estão expostas à miséria extrema.

2 BREVES DEFINIÇÕES SOBRE A CONDIÇÃO DE REFUGIADO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, há de conceituar que o refugiado pode ser descrito como sendo a pessoa que em função de temores de perseguição por meio dos mais diversos motivos, sejam eles relacionados a sua raça, nacionalidade, opção religiosa, associação a determinado grupo social ou opção política e, ainda, por questões ambientais, encontra-se fora de seu país de origem, não podendo regressar a ele por temer sua integridade.

Além do mais, há também as pessoas que são obrigadas a buscarem refúgio em outro país em razão de questões ambientais, citando-se os fatos da natureza, tidos como tragédias ambientais. A definição de refugiado foi objeto de estudo, vejamos:

El concepto de refugiado tal como es definido en la Convención y el Protocolo constituye una base legal apropiada para la protección de los refugiados a través del mundo. Eso no impide la aplicación de un concepto de refugiado más amplio. Ambos conceptos de refugiados no deberán ser considerados como mutuamente excluyentes. El concepto ampliado deberá ser más bien considerado como un instrumento técnico efectivo para facilitar su amplia humanitaria aplicación en situaciones de flujos masivos de refugiados (TALAVERA; MOYANO, 2002, p. 317).

Segundo Guerra (2016, p. 12) “De fato, o refúgio é um instituto que persiste ao longo dos anos em razão dos vários problemas que afligem indivíduos, que acabam tendo a necessidade de promover a troca de ambientes para manter a esperança de continuar vivos”. O refúgio tem o significado de asilo, abrigo, amparo, apoio. Assim sendo, o ato de conceder refúgio consiste na concessão de abrigos, amparo, proteção ao indivíduo que foge de seu país de origem porque naquele país não lhe é mais conferida a proteção que necessita.

Sob a conjuntura dos Direitos Humanos, Alarcón (2016) sustenta que, em determinados momentos, o Direito deve ser observado sob o prisma da sua inserção cultural e do seu lugar na conjuntura histórica, o Direito é considerado um fenômeno histórico e por consequência é composto por uma construção humana susceptível de mudanças e em constante evolução.

Verifica-se que o Direito está em constante evolução e acompanha as diversas transformações das realidades humanas, sendo necessário estabelecer regramentos no sentido de ordenar as constantes evoluções da sociedade, aproximando-as das vivências e dos valores, não esquecendo do sentido ético que repousa na nossa noção sobre a humanidade.

O Direito pode ser visto como o reflexo de um processo no qual as pessoas buscam criar uma solução para o funcionamento e o convívio em sociedade. Consequentemente, o modelo idealizado fundamenta-se em valores e objetivos imediatos, a médio ou longo prazo, para o qual dispõe de um conjunto institucionalizado de órgãos e regras procedimentais.

No decorrer dos anos, de um modo geral, as legislações passaram a consagrar mais direitos em relação aos indivíduos em situações menos vantajosas. Isso consiste numa proteção adequada, integral e efetiva do ser humano. Aliado a isso, passou-se a constatar que os valores como a legalidade, a igualdade, a democracia, a justiça, entre outros, reclama efetividade plena.

Alarcón (2016) argumenta que essa preocupação de amparo ao ser humano nas situações mais difíceis firmou-se tendo como gênese movimentos políticos de forte impacto no jurídico, na morfologia dos Estados e nas relações entre o estado e a sociedade.

Em relação ao Direito Internacional, Alarcón (2016, p. 222) sustenta “ sem abandonar as conquistas constitucionais, veja-se como também o Internacionalismo, numa progressão necessária e salutar, originou campos de normatividade complexa e vigorosa no mesmo sentido”.

Em relação ao Direito de Assistência Humanitária, Alberto do Amaral Júnior explica que a doutrina francesa costuma distinguir entre:

(...) a intervenção por humanidade, que tem por escopo subtrair ao domínio de um governo ou de uma facção os seres humanos ameaçados de morte em um

país estrangeiro, da intervenção humanitária, que visa fornecer abrigo, vestuário, assistência médica e sanitária às populações locais, sem que haja qualquer ato de interposição entre as populações e os responsáveis pela sua situação aflitiva (AMARAL JÚNIOR, 2003, p. 183).

No que tange o direito dos refugiados, Alarcón (2016, p. 223) sustenta:

Nesse conjunto de blocos normativos, outra ramificação é composta pelo chamado *Direito dos Refugiados*, que especialmente hoje adquire uma singela, porém firme autonomia. Este se posiciona como disciplina que objetiva promover o dever de amparo da sociedade internacional, e dos Estados em particular, aos povos e pessoas ameaçadas em circunstâncias político-militares, culturais ou econômico-sociais adversas, por governos, grupos armados ou forças que por qualquer via atentem contra seus direitos mínimos, especialmente contra a sua vida. (ALÁRCÓN, 2016, p. 223)

Pode-se aferir que as estruturas jurídicas são diversas, mas, no entanto, não são desconexas nem confusas, senão limitótrofos e susceptíveis de se tocarem. E em cada campo encontramos dinâmicas de amparo que atendem circunstâncias diferentes.

Dessa forma, é possível referir que tanto na perspectiva do Direito Constitucional quanto na perspectiva do Direito Internacional, estes direitos orientam-se pela aplicação da norma mais favorável ao ser humano. Isto é, a aplicação do princípio denominado pro-homine. Grau, seguindo essa linha de pensamento:

Deve, seguindo essa direção, se aplicar sempre a norma mais ampla, outorgando *máxima efetividade* aos direitos em questão no caso a ser resolvido. A realização do Direito impende, concomitantemente, a mínima restrição dos mesmos direitos no mesmo caso, através de um delicado, mas necessário, juízo de ponderação no qual o juiz deverá atender postulados do Direito posto e do Direito pressuposto (GRAU, 2004, p. 39).

Assim, por essa razão, o texto constitucional e os tratados de direitos humanos fazem parte de um mesmo sistema de amparo e proteção ao ser humano. Cabe ao juiz, através da análise profunda do caso, extrair a norma de decisão mais adequada e ajustada aos princípios que orientam o ordenamento jurídico. Ainda sobre a internacionalização dos direitos humanos, Guerra (2014) destaca:

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos influenciou sobremaneira o legislador constituinte ao consagrar um rol significativo de direitos

fundamentais, elevando à dignidade da pessoa humana a *status* privilegiado na ordem constitucional brasileira (GUERRA, 2014, p. 287).

Observando os direitos humanos que envolvem o tema, Alarcón (2016, p. 227) acrescenta:

Hoje, a valiosa caracterização jurídica do refúgio impõe reconhecer como alvo da tutela protetora aos perseguidos ou fugitivos de conflitos, que são regularmente pessoas anônimas. Seja qualquer que seja a condição do indivíduo – anônimo ou conhecido – a interpretação ampliativa orienta-se à máxima eficácia de um direito humano, reconhecido na ordem interna da maior parte dos Estados do mundo como um direito fundamental.

Dessa forma, há de se destacar que a dignidade humana, a vida e a segurança são alguns dos valores que constituem o transfundo da normatividade nacional e internacional com relação aos problemas humanitários e, em particular, ao problema do refúgio, razão pela qual o tema é tão relevante e objeto de estudo por filósofos, sociólogos, advogados, entre outros.

3 OS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PRIVADO, A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ACESSO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos humanos correspondem aos direitos fundamentais aos quais todos os indivíduos devem ter acesso em decorrência da sua condição de ser humano. Nesse viés, os direitos humanos inauguraram um movimento permanente de valorização e respeito ao ser humano, conferindo-lhe o status de sujeito de direito. Com a evolução do Direito, os direitos humanos deixaram de ser mera ideologia para se tornar direito positivo, acionáveis judicialmente, protegidos e garantidos pelas constituições.

Os direitos fundamentais representam o alicerce de uma sociedade mais justa, sendo que por meio deles as diferenças entre os cidadãos seja mais branda. Constituem-se como fundamentais porque são essenciais a uma vida digna.

Os direitos fundamentais estão caracterizados por três dimensões do direito, sendo que os direitos fundamentais de primeira dimensão tratam dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade à liberdade de expressão, à imprensa, à manifestação, à reunião, à associação, ao voto, à elegibilidade, ao devido processo legal, definidos como os direitos civis e políticos (SARLET, 2012, p. 47).

A segunda dimensão de direitos fundamentais surge em razão dos problemas sociais oriundos dos impactos da industrialização, que ocasionaram movimentos reivindicatórios

tórios de direitos. São os direitos que tratam da liberdade de sindicalização e objetivam a justiça social (SARLET, 2012, p. 50).

A terceira dimensão de direitos está relacionada à positivação de novos direitos, eis que consagram os princípios de solidariedade e de fraternidade, os quais apresentam como característica a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), sendo considerados direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2012, p. 50).

O Direito Privado está sofrendo alterações sob a influência da Constituição Federal de 1988, ou seja, melhor dizendo, a regulação da vida privada, que antes era uma atribuição do Direito Civil, passa a ter influência da Constituição Federal em vigor. Assim, diversos institutos que eram regulamentados pelo Código Civil passam, mediante o paradigma constitucional, a serem positivados em microsistemas jurídicos. Consequentemente, a constituição “assume o seu *status* de lei superior e passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus princípios normativos à toda legislação denominada infraconstitucional” (REIS, 2003, p. 778, grifado no original).

A Constituição, que já era encarada como lei fundamental – fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista –, passa a expressar a sua supremacia também no âmbito normativo. Dessa forma, considerando que a Carta Magna possuía um caráter hierárquico superior e que carregava em seu bojo uma ordem material de valores, acabava unificando todo o complexo de normas presentes no ordenamento jurídico (FINGER, 2000, p. 94).

Assim, a constitucionalização do direito privado impõe, primeiramente, o reconhecimento e a aplicação da Constituição nas relações privadas, e a releitura das regras e dos princípios do direito civil sob a matiz do constitucionalismo contemporâneo. Isso traduz-se, na realidade, no surgimento de uma nova lógica no direito privado, o qual passa a ser alimentado de forma constante por praticamente toda teoria aplicável aos princípios e aos direitos fundamentais, o que engendra uma ampla revisão e um corriqueiro surgimento de leituras constitucionais-civis e vice-versa. É uma dessas leituras que se pretende neste texto (REIS, 2014, p. 367).

Nesse contexto, observa-se o enfraquecimento da clássica dicotomia existente entre o Direito Público e o Direito Privado, pois agora, “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional” (FINGER, 2000, p. 94). Dessa forma, verifica-se que todas as normas dispostas no ordenamento jurídico devem ser interpretadas de acordo com os ditames constitucionais.

Destarte, “a atuação protagonista está relacionada com a supremacia da Constituição e da dimensão objetiva reconhecida aos direitos fundamentais, bem como com a força normativa da Constituição” (LEAL, 2013, p. 156). Ao passo em que se reconhece a importância da Constituição e dos direitos fundamentais para a sociedade, de sua força

frente às demais leis e a aplicabilidade aos casos reais, há, conseqüentemente, o reconhecimento de que todos devem atuar nesse sentido, incluindo-se o judiciário.

O processo de constitucionalização do direito privado alude à troca de seu cerne valorativo, ou seja, surge a pessoa no lugar do indivíduo. É nesse sentido que a solidariedade social ganha maior espaço em relação à liberdade individual, porquanto, agora, a proteção do direito privado volta-se para a pessoa humana (NEGREIROS, 2006, p. 11).

Nessa conjuntura, “cabe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, [...] e a justiça comutativa” (CAGLIARI, 2013, p. 21-22). Diante disso, incumbe aos magistrados uma função ainda mais importante, que vem a ser dignificar o homem e eliminar a desigualdade socioeconômica.

No que tange ao direito de propriedade, é correto afirmar que o proprietário sempre ocupou uma condição privilegiada, pois tinha o direito de gozar e dispor da coisa como bem em tendesse, sem qualquer interferência por parte da sociedade. Porém, com o passar dos anos, a realidade não é mais a mesma. Atualmente, vigora no Brasil o princípio da função social da propriedade, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, prevendo que a finalidade da propriedade tenha como embasamento o bem comum, a participação e a solidariedade.

Dessa forma, denota-se que a propriedade é um direito, mas esse direito deve ser exercido de acordo com a função social, não só em benefício do titular, mas também em proveito da coletividade. A propriedade imóvel não utilizada ou mal utilizada é constante causa de perturbação social. Ou seja, o conceito de propriedade está intrinsecamente ligado ao princípio da função social da propriedade, pois a garantia desse direito real condiciona-se impreterivelmente à consecução de sua função social.

Observa-se que, no Brasil, o princípio da função social da propriedade foi fonte de inspiração para a desapropriação por interesse social prevista pela Constituição Brasileira de 1946, embora não tenha constado do texto a expressão “função social”.

O princípio da função social da propriedade ganhou destaque como um dos princípios da ordem econômica e social na Constituição Brasileira de 1967, com a seguinte disposição: “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade”.

A partir desse momento, firmou-se entendimento no ordenamento jurídico pátrio de que o direito de propriedade não mais poderia ser entendido na visão individualista tradicional, devendo, ao contrário, exercer um papel de realização de finalidades sociais, coletivas. Seguindo esta linha, a Constituição Federal de 1969 dispôs: “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade”.

Ressalta-se que apesar dos referidos textos constitucionais terem feito menção à função social, esta esteve quase que unicamente ligada à desapropriação para fins de reforma agrária durante o período de vigência daquelas, alterando o cenário apenas com a entrada em vigor da atual Constituição, a qual ampliou as exigências da função social da propriedade para todo e qualquer tipo de propriedade em seu artigo 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade e XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. Além disso, mantém-se a propriedade e a sua função social como um dos princípios da ordem econômica, vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Assim, o conceito do direito de propriedade evoluiu a ponto de ser tratado em caráter transdisciplinar, eis que encontra guarida e fundamento tanto no Direito privado quanto no Direito público. A propriedade deixou de ser um direito eminentemente privado e absoluto, para relativizar-se em prol de sua função social. Desse modo, não mais se desvincula do Direito Constitucional, que é o fundamento de validade de todos os ramos do direito.

O acesso à moradia é tido como um direito fundamental e foi inserido no rol dos direitos humanos desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estreando, assim, uma nova dimensão de direitos sociais em prol da valorização e promoção de uma vida digna. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assim enuncia:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS)

A moradia é considerada necessidade essencial primária do indivíduo. E desse pensamento dá-se sua importantíssima característica não só de direito social, como também de direito personalíssimo, humano e fundamental diante da evidente precisão desta para a sobrevivência do ser humano (SOUZA, 2004).

Enfatiza-se que o Brasil, em suas relações internacionais, é regido pelos direitos humanos e por essa razão a moradia é considerada um direito fundamental, razão pela qual, perante os organismos internacionais, o Estado é obrigado a atender e dar proteção ao direito à moradia, sob pena de não só descumprir o seu papel junto a sociedade brasileira, mas também junto aos órgãos internacionais. Em verdade, o assunto referente ao direito à moradia não só interessa a determinado Estado, mas a toda humanidade, já que tal assunto é de interesse legítimo internacional, reconhecimento tido nos tratados aos quais o Brasil pertence” (SOUZA, 2004, p. 131).

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é reflexo do Estado Democrático de Direito tão almejado e necessário para tantos brasileiros, a fim de que se aproxime da tão oportuna vida digna. Para tanto, se faz necessária abrangência de visão em relação a esse direito, reconhecendo-o não só com um direito social positivado, como também, antes de qualquer questionamento, um direito fundamental do ser humano.

4 ANÁLISE DE DECISÃO JUDICIAL: CONDIÇÃO DE REFUGIADO E O ACESSO À MORADIA

A Constituição Federal de 1988 representa, após longos anos de totalitarismo da ditadura militar, um marco importante no que diz respeito ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, tanto de índole individual, como social. Fruto de um intenso debate entre diversos setores da sociedade, a Constituição Federal tornou-se um importante fórum democrático de efetivação dos valores fundamentais de uma sociedade aberta.

Embora já referido anteriormente, vale lembrar que a Lei nº 9.474/1997 estabelece os requisitos e critérios para a condição de refugiado em solo brasileiro.

Antes de adentrar a análise da decisão judicial que trata sobre o acesso à moradia, há de se mensurar que está em vigor a Resolução Normativa nº 911/2010, que trata da permanência definitiva de estrangeiro na condição de refugiado no Brasil, estabelecendo:

Art. 1º - O Ministério da Justiça resguardados os interesses nacionais, poderá conceder a permanência definitiva ao estrangeiro detentor da condição de refugiado ou asilado, que comprovadamente, preencher um dos requisitos abaixo:

a) residir no Brasil há no mínimo quatro anos na condição de refugiado ou asilado; (Alterado pela Resolução Normativa nº 91, de 10/11/2010).

Dessa forma, de acordo com a legislação brasileira, a condição de refugiado é uma situação provisória, que pode se tornar definitiva com a concessão de visto permanente, desde que presente a condição do refugiado de se fixar definitivamente

no Brasil, pois, conforme previsto no art. 38 da Lei nº 9.474/1997, há situações que poderão fazer cessar a condição de refugiado reconhecido pelo Conselho Nacional Para os Refugiados – Conare, como aquelas em que o beneficiado volta a valer-se da proteção do país de que é nacional, recupera voluntariamente a nacionalidade outrora perdida, adquire nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu, ou por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.

Enfocando o direito ao acesso à moradia por meio de financiamentos habitacionais, o Tribunal Regional Federal tem adotado o seguinte entendimento em relação a estrangeiros sob a condição de refugiados no Brasil, conforme ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. REFUGIADOS. DIREITO INTERNACIONAL. VISTO DE PERMANÊNCIA. INCLUSÃO NO PROGRAMA HABITACIONAL MINHA CASA MINHA VIDA. PRAZO MÍNIMO DE RESIDÊNCIA. DISPENSA. INCABÍVEL. 1. Estabelecendo a lei a duração do PMCMV de 120 meses, a inclusão no programa habitacional de estrangeiro que ostenta a mera condição de refugiado, enquanto não atendidos os requisitos legais, mediante a demonstração do interesse de fixar definitivamente a residência no Brasil, por meio da obtenção do visto de permanência, mostra-se indevida, porquanto, não se pode afastar a garantida possibilidade de retorno ao país de origem ou a hipótese em que as circunstâncias ensejadoras da condição de refugiado deixam de existir. 2. O direito social à moradia não foi negado aos refugiados, sendo apenas exigido o preenchimento dos requisitos legais também previstos para os brasileiros e estrangeiros residentes no país, inclusive em homenagem ao princípio da igualdade de direitos fundamentais entre brasileiros e estrangeiros. 3. Inocorre violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto não demonstrada a negativa de acesso a outros programas sociais. (APELAÇÃO CIVEL AC 50038949620144047100 RS 5003894-96.2014.404.7100 (TRF-4) – 3ª Turma. Relator Fernando Quadros da Silva. Data de publicação: 14/09/2015).

Nessa conjuntura, verifica-se que o Poder Judiciário tem decidido em favor do princípio da igualdade de direitos fundamentais entre brasileiros e estrangeiros, visto que, para ingressar no Programa Minha Casa Minha Vida, é extensivo também aos estrangeiros na condição de refugiados residentes no país, desde que atendidos os requisitos legais que preveem a obtenção do visto de permanência no Brasil.

De acordo com o regramento jurídico vigente no país – Resolução Normativa nº 911/2010, o estrangeiro que reside no país na condição de refugiado a quatro anos poderá fazer a aquisição do seu imóvel por meio do programa habitacional Minha Casa Minha Vida.

Portanto, no caso ilustrado anteriormente ficou configurado que o direito social à moradia não foi violado, pelo contrário, prevaleceu o princípio à igualdade entre brasileiros e estrangeiros, visto que a negativa ocorreu exclusivamente por não haver a comprovação da formalização do interesse em fixar residência definitiva no Brasil, visto que há de se respeitar o prazo de quatro anos para a aquisição do visto de permanência.

Importante destacar que para o acesso ao programa habitacional Minha Casa Minha Vida, financiado pela caixa Econômica Federal, são necessários o preenchimento de vários requisitos legais, entre eles a comprovação de renda por um determinado período de tempo. Isto é uma forma ordenada para a perfectibilização do programa.

A decisão judicial foi atenta aos diversos aspectos conjunturais que compunham o caso sob análise, visto que se tratava da intenção de aderir a um programa social, porém, ao mesmo tempo, tomou todo cuidado para preservar o programa habitacional sem causar injustiça ao estrangeiro, o qual, na condição de refugiado, pretendia o amparo da Constituição Federal para ter garantido o direito à moradia.

Assim, diante da decisão acima apontada, inegável que o Poder Judiciário atua de forma ativa na qualidade de guardião da Constituição Federal de 1988. Ademais, por óbvio que a Constituição Federal de 1988 protege o acesso à moradia; no entanto, para este caso, por motivos bem definidos e fundamentados, o acesso ao programa foi negado ao refugiado.

A proteção entre as pessoas prevê que todas são igualmente dignas. Isso significa a impossibilidade de reduzir as condições de vida do ser humano a um patamar tal que se provoque sua degradação ou a submissão a condições de vida de extrema miséria ou exploração. Enfim, este princípio supõe que o Direito tem a tarefa de impedir que a pessoa viva em condições indignas. Sobre a dignidade, tem-se que:

Reconhecer que o homem tem dignidade é reconhecer que tem umas *exigências* que lhe são devidas, uns *direitos* que lhe pertencem. O homem tem dignidade e este não é um *factum* de caráter empírico nem um teorema que seja possível demonstrar matematicamente, porque também não é realidade nem ideal. Não pertence à ordem ôntica, senão axiológica, não ao *é*, senão ao *deve*. Pertence não à ordem das coisas futuríveis, senão ao das valorações, “*é uma qualidade que outorgamos, que realça ao homem e o fazemos simplesmente porque sem ela não haveria horizonte moral possível, moralidade possível, estaríamos no plano da mera natureza, da animalidade, da faticidade instintiva*”. (MARQUEZ, 2005, p. 20-21) [grifo original]

Em relação aos refugiados, a dignidade humana pressupõe que este ser humano volte a ter condições mínimas de existência e de liberdade, que lhe seja possível iniciar uma nova vida sem perseguições de qualquer natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a situação do refugiado no âmbito internacional repercutiu na ordem jurídica brasileira. Basta observar a quantidade de compromissos internacionais que o Brasil assumiu em matéria de garantia dos direitos humanos, especial após ter firmado a lei específica que trata sobre o reconhecimento do refugiado em solo brasileiro.

Com o intuito de conferir maior proteção e segurança jurídica, diversos documentos internacionais, bem como, no Brasil, legislações internas, traçaram as principais características do refúgio, estabelecendo, além da sua conceituação, os requisitos pertinentes para sua concessão, além da explanação acerca das causas de perda e cessação da condição de refugiado, assim como o procedimento a ser seguido para a sua concessão.

Indiscutível que o instituto do refúgio necessita ser valorizado e avaliado nos dias atuais, tendo em vista que as pessoas, na condição de refugiados, se encontram em estado de vulnerabilidade, pois necessitam deslocar-se para salvar suas vidas ou preservar sua liberdade.

Observando o exposto no transcorrer deste estudo é correto afirmar que os direitos humanos correspondem aos direitos fundamentais, aos quais o acesso deve ser garantido a todas as pessoas, ressaltando que na Constituição Federal de 1988 estão consagrados os direitos fundamentais, sejam direitos individuais, sociais, de nacionalidade, tendo como alicerce o reconhecimento dos direitos humanos.

A constitucionalização dos direitos privados demonstra a evolução dos ordenamentos jurídicos contemporâneos em garantir interesses sociais e coletivos. Nesta pesquisa, um dos enfoques era estudar o direito à moradia como condição fundamental do ser humano, sua positivação entre o rol dos direitos fundamentais na atual constituição e, acima de tudo, a visão de que esse direito é fundamental para garantir uma vida digna e plena ao indivíduo.

Paralelamente, foi analisada decisão judicial proferida pelo Tribunal Regional Federal. Restou demonstrado que o mencionado Tribunal tende a reconhecer e a aplicar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana no que tange o acesso à moradia por parte de estrangeiros na condição de refugiados no Brasil. Ressalta-se que o pleito foi julgado improcedente apenas pelo fato de que o pedido do refugiado na a tende a Resolução Normativa n. 911/2010. No mais, os julgadores analisaram os pedidos de

acordo com o ordenamento constitucional que prevê o acesso à moradia, à dignidade da pessoa humana, respeitando os preceitos previstos para os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Nesta seara, embora o julgamento tenha negado o pedido pretendido, este merece aprovação, ao passo que analisou de forma ponderada todos os aspectos presentes na demanda, visando justamente preservar o disposto no texto constitucional em relação à proteção do ser humano e o acesso à moradia e, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Ao final, conclui-se que os direitos sociais são tão fundamentais quanto as liberdades individuais, visto que a plena realização de um está intimamente relacionada com a efetivação do outro. Dessa forma, o direito à moradia, previsto na Constituição Federal de 1988 dentre os direitos sociais, vai muito além do caráter secundário que lhe é atribuído, pois está alinhado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois prevê que os membros de uma sociedade têm o direito de ter uma vida razoável, pois a garantia da moradia digna incide em direitos como a vida, a segurança, saúde, desenvolvimento, entre outros.

REFERÊNCIAS

- ACNUR. **Refúgio, migrações e cidadania**. Caderno de Debates 6, Dezembro, 2011.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais. **Ius Gentium**. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 4-21, jan./jun. 2016.
- Amaral Júnior, Alberto do. **O direito de assistência humanitária**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar. 2003.
- CAGLIARI, Cláudia Taís Cerqueira. A constitucionalização do direito civil. In: REIS, J. R. dos; CERQUEIRA, K. L. (Org.). **Interseções jurídicas entre o público e o privado**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.
- FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, I. W. (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.
- GRAU, Eros. O Direito posto, o Direito pressuposto e a doutrina efetiva do Direito In: **O eu é a filosofia do direito?** GRAU, Eros et al. Barueri: Manole. 2004.
- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUERRA, Sidney. O instituto jurídico do refúgio à luz dos direitos humanos. **Ius Gentium**. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 4-21, jan./jun. 2016.
- MÁRQUEZ, José Manuel Panea. **La imprescindible dignidad In bioética y derechos humanos**. Antonio Ruiz de la Cuesta (Coordinador) Sevilla: Universidad de Sevilla. Santander Central Hispano. 2005. p. 17-27.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

_____; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo Poder Judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134 – Junho 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/207/143>>. Acesso em 06 nov. 2017.

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

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TALAVERA, Fabian Novak; MOYANO, Luis Garcia Corrochano. **Derecho internacional público**. Lima: Fondo Editorial de la PUC, 2002.



A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DENTRO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Guilherme Prestes De Sordi¹

RESUMO

A evolução do modelo de Estado ao longo da história foi sempre pautada pelo surgimento das demandas de ordem social. Essas mudanças alcançam o seu ápice com a introdução nos textos constitucionais contemporâneos dos direitos e garantias fundamentais. Os princípios por eles constituídos, muitos deles de característica congênita perpassam todos os níveis de atuação estatal. Como reflexo dessa universalidade, os direitos e garantias fundamentais geram o dever de observância de todos os demais seguimentos do direito que se inserem no texto constitucional. O direito civil, em especial a figura dos contratos não foge a esta regra. As relações contratuais se constituíram ao longo dos anos, como fato gerador de inúmeras demandas de ordem social. É através da liberdade de contratar que os cidadãos se inserem na engrenagem de produção de riqueza e desenvolvimento econômico, gerando a necessidade de observância desta evolução frente aos princípios constitucionais de proteção. Entre eles, talvez o mais importante e complexo seja o princípio da dignidade humana. É pela função social do contrato que o Estado propicia regras mais humanas de entendimento. É obrigação do Estado promover ambiente digno para desenvolvimento das relações sociais.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Direito Civil Estado Democrático de Direito. Função Social do Contrato. Princípio da Dignidade Humana.

1 Advogado e consultor. Possui graduação pela Universidade Luterana do Brasil, MBA em direito da economia e da empresa pela Fundação Getúlio Vargas - RJ e mestrado em Constitucionalismo Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Participante do Grupo de Pesquisas de princípios o Direito Social e Constitucionalismo: A perspectiva constitucional e principiológica como fundamento na interpretação do Direito Social, vinculado ao programa de pós-graduação da UNISC-RS. Participante do grupo de pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de trabalho vinculado ao Programa de Pós-graduação da PUC-RS. Membro da Comissão Especial da Justiça do Trabalho da OAB/RS. Endereço eletrônico: guilherme@desordiadvogados.com.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado ao longo da história se modificou ao logo do tempo a fim de se adaptar cada vez mais à crescente demanda de ordem pública e social, que também desenvolvia os laços sociais e os meios de produção de riqueza e de aumento da complexidade das relações contratuais.

Ao longo deste período, passamos basicamente de um Estado absolutista, de regime monárquico para um Estado Democrático de direito. Da evolução desses sistemas convergiu-se para um modelo de Estado onde a adoção dos direitos e garantias fundamentais como valores constitucionais impactaram a maneira como este se perfectibiliza e consequentemente como as suas Constituições passam a ser estruturadas.

Dentro desta evolução social e política tivemos um período em que reconhecidamente houve a necessidade de uma maior observância das necessidades sociais em virtude de um fenômeno econômico irreversível. A Revolução Industrial, fruto da concepção do Estado liberal, na qual colocou-se o cidadão e o Estado em uma igualdade formal perante a lei propiciou, ao longo das décadas que se sucederam, uma violenta mudança nos meios de relação contratual e social.

Surge a necessidade do Estado de promover melhores condições de existência e convívio dos cidadãos, haja visto as centenas de novas relações contratuais decorrentes da sociedade produtiva.

O surgimento do Welfare State marca o início a constitucionalização do direito do trabalho e das normas constitucionais de proteção ao emprego, remuneração justa ao trabalho e tantos outros direitos que são colocados agora, dentro deste novo modelo de Estado, ao nível de direitos e garantias fundamentais.

Este processo não mais retornaria, tornando a adoção dos direitos e garantias fundamentais, dentro do texto constitucional, a maior mudança das Constituições contemporâneas e do conseqüente alargamento da jurisdição constitucional.

Demonstrar os eventos históricos comuns e o papel do direito civil, bem como a convergência da função social do contrato como ferramenta de atingimento do princípio da dignidade humana, é o que a seguir se tratará.

2.1 O papel dos direitos fundamentais na transformação do Estado democrático de Direito

As transformações do Estado absolutista até o Estado democrático de Direito sofreram modificações consideráveis que geralmente traziam em seu centro ligações diretas entre as insatisfações sociais e a busca por direitos fundamentais.

Não por acaso muitas das questões que envolvem a saída do Estado liberal para o Segundo modelo, conhecido pelas sociedades ocidentais, como *Welfare State*, teve origem nas questões sociais e na ânsia da população em ter melhores condições de vida e de segurança jurídica.

É inegável que a modificação do modelo de Estado teve impacto direto em todas as esferas do direito, e como não poderia deixar de ser, nas normas que se caracterizam e visam à proteção e organização das relações de trabalho. A temática constitucional é pacífica no sentido de que os eventos ocorridos no final do século XVIII, trouxeram uma nova lógica de funcionamento do Estado, em que este acaba por ser redimensionado, tanto na possibilidade de exercício de seu poder, quanto nas suas relações com os cidadãos sob sua tutela.

A revolução Francesa, base de estudo para o entendimento da toda a questão estrutural do Estado moderno, trouxe para a história, em especial para os países ocidentais, robusta contribuição para a formatação de uma nova realidade jurídica, política e social. No centro das ideias de igualdade, liberdade e fraternidade estavam os pensamentos de autores como Rousseau e Locke, ambos de maneira absolutamente distinta, mas com a fundamentação central iluminista de que o homem não estava abaixo do Estado, tão pouco deveria se submeter, pura e simplesmente, a toda regra dele emanada. Ao contrário, defendiam que o homem é anterior ao Estado e, portanto, este deve se submeter à vontade daquele, indicando que determinados direitos são anteriores ao Estado, e estão acima, até mesmo, da vontade do governante. Clóvis Gorczewski (2009) esclarece:

É essa revolta popular que marca o princípio da modernidade. É onde tudo inicia: a separação do Estado da Igreja, a proclamação do Estado secular, a participação popular na administração do Estado, a liberdade de imprensa, a igualdade de todos ante a lei, a educação pública gratuita, a abolição da tortura, o início da emancipação feminina, a condenação da escravidão, e principalmente, a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como princípios da vida que devem guiar todos os homens. (GORCZEWSKI, 2009, p. 122)

Basicamente, dois eventos contribuíram para o estudo dos modelos constitucionais nesta época, os quais tiveram impacto na construção destes novos sistemas constitucionais: estamos falando da Revolução Americana e da Revolução Francesa.

Na Revolução Americana não houve ruptura total com a organização política local, nem com a organização social. O que ocorreu é que, até mesmo pela questão geográfica, quando da ruptura das colônias americanas, aproveitou-se da estrutura política e social já estabelecida, impondo aos tribunais americanos, de forma natural, o controle da constitucionalidade das leis, muito de certa forma devido a uma certa influência dos pensamentos

jusnaturalistas característicos da sociedade americana. Não existia a desconfiança dos cidadãos com o poder judiciário, e sim com o sistema parlamentar, haja vista a histórica dificuldade com o parlamento inglês.

Já na Revolução Francesa as mudanças foram mais severas e impactaram o surgimento de uma nova ordem Estatal. O Estado liberal que emergiu do colapso do modelo que lhe antecedeu, fez com que um novo poder concentrasse os anseios da sociedade. O novo Estado Francês via no poder legislativo, eleito pelo povo, o legítimo guardião do texto constitucional, uma vez que a lei era a concretização da vontade popular. A desconfiança aqui era com o judiciário, uma vez que os juízes estariam ainda sobre influência dos pensamentos absolutistas.

Esta diferenciação dos dois modelos se deu, basicamente, em função do papel que os textos constitucionais tiveram no final do século XVIII e que se estenderam até o final do século XIX.

Enquanto o modelo americano já nasce de certa forma baseado na ideia de que a Constituição deveria prever o funcionamento do Estado, mas também de que existem direitos fundamentais do cidadão, anteriores ao Estado, e que, portanto, estes são garantias constitucionais, o Estado deve obrigatoriamente proteger esses direitos, o modelo Francês escolheu pela adoção de um texto constitucional formal, cujo objeto se fixaria em prever o funcionamento e organização do Estado.

“No sistema Common Law existe uma clara distinção das competências políticas e do domínio do direito, ficando a cargo do legislativo apenas as deliberações políticas e ao Judiciário, a resolução das questões jurídicas, não havendo notícias da aplicação do princípio da legalidade na sua concepção clássica, mas sim do seu princípio rival do *due processo of law*. (SANTOS JUNIOR apud MTIDIERO, 2013, p. 30)

A mudança dá ótica de modelo do Estado, mediante o advento da nova perspectiva de igualdade da forma da lei e do advento do princípio da legalidade, modifica estrutura política e social da época.

A concepção francesa de constitucionalidade *État Légal* buscava conceber a ordem jurídica hierárquica, de acordo com o princípio da igualdade perante a lei, a fim de evitar privilégios antigos, buscando-se, com isso, a limitação do poder pelo direito. O modelo *État Légal* tem origem no direito romano-canônico, evidenciado em países como Itália, França e Alemanha, por exemplo. Inspira-se fundamentalmente em um sistema jurídico de legalidade, cuja origem remonta o modelo de Justiano, cabendo ao Legislativo estabelecer as decisões políticas trazer as soluções jurídicas. (SANTOS JUNIOR apud MTIDIERO, 2013, p. 35)

Não por acaso mencionamos as revoluções liberais Americanas e Francesas como as principais referências a respeito das mudanças do Estado Absolutista para o modelo Liberal, mas em um momento posterior, devido ao advento dos direitos sociais, trataremos da constitucionalização do direito trabalho mediante análise da evolução frente aos textos constitucionais italianos e Alemães ocorrido no século XIX.

Trata-se do ideal liberal puro. A sociedade deve se ter como princípio fundamental a liberdade, ou seja, tudo é permitido desde que não ofenda a lei, em sobre este prisma o Estado como regra não pode interferir nas questões privadas. Estado e sociedade não mais caminham juntos, mas de forma paralela. O modo como se relaciona poder e Estado modifica-se caminhando para uma ordem em que o Estado e sociedade estão ambos ao abrigo da lei, e mais, a exigência sobre as práticas do Estado passam a ser extremamente detalhadas para que este não mais pratique os excessos característicos do antigo modelo, o Estado Absolutista.

Dito de outro modo, à Constituição cabia, tão-somente, estabelecer a estrutura básica do Estado, como seus poderes e suas respectivas competências, proclamando, na relação indivíduo-Estado, a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados assim chamados direitos a liberdade. (LEAL, 2007, p. 10)

O princípio agora predominante é o da legalidade, ou seja, o Estado deverá atuar dentro daquilo que a lei lhe permite, já que esta emana da vontade do povo. É clara a restrição de atuação em contraponto ao antigo modelo de Estado. Só se considera direito o que efetivamente está previsto em lei.

Pelo princípio da legalidade percebe-se que o Estado de direito agora não mais está a serviço dos regimes mantidos pela força ou pelo autoritarismo, mas sim sobre a tutela de um ordenamento legal com a exigência de um sistema de limites e controles, os quais trabalham conjuntamente para defesa dos interesses e direitos da sociedade, e não mais para a defesa e os interesses do Estado.

Buscava-se uma lei geral e abstrata, como forma de garantir a liberdade e igualdade formal das pessoas, evitando-se discriminações. No Estado Liberal o pensamento da burguesia era estabelecer mecanismos de proteção dos cidadãos contra o abuso do poder público, funcionando a lei como um real instrumento a serviço da liberdade burguesa. (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 89)

A evolução do Estado liberal para o modelo de Estado social ou *Welfare State* impõe às Constituições a mudança do alcance das normas sobre sua tutela. Primeiramente, o modelo de Constituição fixado na igualdade formal, já não cumpre a função social pre-

tendida, uma vez que a concentração social nos centros urbanos exige dos Estados uma maior abrangência quanto às garantias relativas ao cidadão.

A perspectiva de que determinados direitos são fundamentais à sociedade, e que o Estado deve ter a obrigatoriedade de proteção destes direitos, faz com que aquele eleve estas garantias ao nível constitucional. As Constituições passam a trazer em seus textos as vontades sociais e políticas, não servindo mais somente para a estrutura do Estado e sua organização objetiva.

No Estado Liberal do século XIX, a Constituição disciplina somente o poder estatal e os direitos individuais, ao passo que o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla, que abrange o poder Estatal, a sociedade e o indivíduo, em suas múltiplas e recíprocas inter-relações.[...] Assim é que as Constituições do século XX especialmente após a segunda guerra mundial, são políticas, e não apenas estatais. Elas assumem conteúdo político, ou seja, elas englobam os princípios de legitimidade do poder, e não apenas de sua organização. O campo constitucional é, por conseguinte, ampliado a abranger toda a sociedade, e não só o Estado. (LEAL, 2007 b, p. 33)

Começa-se a se constitucionalizar os direitos fundamentais, com a ideia de que o Estado não pode mais se comportar de maneira a respeitar somente a igualdade formal da lei. O modelo de Estado liberal tem, portanto, seu declínio, haja visto as desigualdades e imperfeições que dele emanaram, ao ponto de levar a Europa ao colapso econômico e político que terminou em eclodir a Segunda Grande Guerra, conforme assevera, Novais (2012, p. 196) ao dispor sobre o tema, sendo que “O dealbar da segunda metade do século XX é, para o Constitucionalismo, um momento de balanço, mas sobretudo, de viragem ou refundação. Os anos antecedentes haviam sido marcados, sobretudo na Europa, por atrocidades inimagináveis ante as quais evidenciou uma chocante inoperância dos mecanismos da Constituição”.

As mudanças ocorridas ao final da Segunda Grande Guerra trazem também inúmeras reivindicações a respeito das garantias básicas ofertadas aos cidadãos, notadamente o modelo de Estado Liberal, conjuntamente com o desencadeamento do seu produto Revolução Industrial, coloca as sociedades ocidentais em obrigatoriedade de garantir a seus cidadãos direitos relativos à sua segurança, saúde e trabalho.

Tal mudança impõe não só o alargamento do texto Constitucional, mas a forma de como a Constituição se organiza. Agora, mediante o advento do texto Constitucional de direitos e garantias fundamentais, muitos deles de natureza laboral, as Constituições passam também a serem textos que expressam a vontade política da época. É o que nos ensina Jorge Reis Novais (2012):

Ainda que a pressão política avassaladora dos movimentos totalitários tivesse sido imparável em quaisquer circunstâncias e quaisquer que fossem os modelos

de defesa da constituição, a avaliação das experiências dramáticas vividas na Europa impôs, em todos os domínios, mas também na área Constitucional das comunidades políticas de Estado de Direito, mudanças profundas nas instituições, nos métodos e nas concepções de um direito Constitucional que deveria adequar-se ao tipo histórico de Estado que, contra as alternativas autocráticas de diferente sentido, prossegue nos nossos dias a linhagem e o legado do movimento constitucional inspirador das revoluções liberais, o Estado Social e democrático de Direito. (NOVAIS, 2012, p. 197)

Há, definitivamente, um alargamento da aplicação do direito e da ótica constitucional. Não mais aceita-se que a Constituição seja lida de forma literal, nem que seu texto deixe de fora do Estado garantias mínimas sociais. O positivismo puro, característico do Estado Liberal, passa a perder força mediante a inserção aos textos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais. Esta nova perspectiva, definitivamente aproxima os textos constitucionais de valores morais e éticos.

Estes valores serão a base do novo modelo de Estado. O Estado do bem-estar social parte da aceitação, pela Constituição, de valores programáticos, que se concretizam pelos direitos e garantias fundamentais. Esta evolução acabará por levá-los ao atual estágio de Estado, o Estado Democrático de Direito.

Entre a dimensão do bem-estar social, e dos correspondentes direitos fundamentais sociais, e o desenvolvimento de políticas públicas de carácter social, a Europa tem uma larga tradição cultural, que remonta ao Iluminismo, e que contrasta com as políticas sociais, de pendor mais neoliberal, desenvolvidas nos Estados Unidos, nos sectores de segurança social, da saúde, da educação, do trabalho ou da habitação. É essa política social generalizada (Gesellschaftspolitik) que contribui para a constituição e manutenção das capacidades e competências individuais em caso de necessidade, designadamente, na velhice ou na invalidez. E que se identifica com a democracia como princípio estrutural e Constitucional. (QUEIROZ, 2014, p. 201)

Não podemos esquecer que a chegada ao Estado do bem-estar social também é marcada por novos modelos de organização sócio-política. Se antes no Estado Liberal a liberdade forma da lei não permitia que agentes intermediários surgissem entre o cidadão e o Estado, agora mediante as modificações sociais ocorridas, os cidadãos, principalmente os trabalhadores passam a se organizar de maneira diversa. Conforme Gorczewski (2009):

Esses direitos só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, portanto se lhe impõe o dever de propiciar as necessárias condições. É o direito ao trabalho

em condições justas e favoráveis; a proteção contra o desemprego, a assistência contra invalidez, o direito a sindicalização, o direito a educação e a cultura, à saúde, à seguridade social, a ter um nível adequado de vida. São direitos que exigem do Estado, uma ação. (GORCZEWSKI, 2009, p. 46)

Este pleito de direitos se dá mediante a organização de classes insatisfeitas com os direitos a eles alcançados e a condição de miserabilidade que é imposta a uma parcela expressiva da população no início do século XX. Está, portanto, aqui a característica política expressiva que acabará por determinar a modificação do alcance da jurisdição constitucional e do alcance do Estado na vida dos cidadãos.

O Estado passa a definitivamente interferir na vida dos cidadãos através do provimento de serviços e condições de justiça, o que determina a modificação da organização social e do entendimento da leitura e alcance da forma como se interpreta e legisla-se constitucionalmente. “A própria concepção do “Estado” como algo de independente da “sociedade” civil moderna, porque só no período pós-medieval a esfera de interesses da sociedade civil de modo particular os interesses econômicos, passou a identificar-se com os direitos particulares dos indivíduos, tornando-se separável da esfera “pública da política [...]”. (GIDDENS, 2005, p. 33)

A mudança gradual do Estado liberal para o Estado Democrático de Direito passa a trazer para o texto Constitucional a necessidade da incidência dos direitos e garantias fundamentais que acabam por determinar a modificação dos textos constitucionais, trazendo a inserção dos direitos e garantias constitucionais que agora emanam e irradiam para todos os textos infraconstitucionais, incluindo-se aí por óbvio o direito civil. Depreende-se da leitura de Leal (2007, b, p. 30), que: “neste contexto, o Estado abandona a sua (aparente) neutralidade e apoliticidade e assume fins políticos próprios, tomando para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material de igualdade, a fim de impedir que a desigualdade de fato destrua igualdade jurídica”.

A mudança gradual do Estado liberal para o Estado Democrático de Direito passa a trazer para o texto Constitucional a necessidade da incidência dos direitos e garantias fundamentais que acabam por determinar a modificação dos textos constitucionais, trazendo a inserção dos direitos e garantias constitucionais que agora emanam e irradiam para todos os textos infraconstitucionais, incluindo-se aí por óbvio o direito civil.

Tais condições implicam na modificação do alcance da jurisdição constitucional, uma vez que, pelo advento dos direitos e garantias fundamentais, deixa o texto constitucional de ser apenas um regulador dos poderes de Estado, para definitivamente apresentar uma constituição política e que de forma incontroversa apresenta uma alternativa factual para o direito, a qual passará a impactar também os demais ramos das ciências

jurídicas, entre eles os direitos entre os cidadãos, e tomaremos, por exemplo, a irradiação destes na função social do contrato.

2.2 Os efeitos dos direitos e garantias fundamentais na função social do contrato

Temos a função social do contrato como a característica da inserção do elemento de finalidade dos pactos privados, dentro do desejo de justiça social próprio do Estado de bem-estar constitucional. É uma manifestação do fenômeno chamado publicação, socialização ou constituição do direito privado, na razão dos quais institutos tradicionalmente pertencentes ao Direito Civil como o contrato ou o direito real de propriedade, agora são orientados por critérios distributivos inerentes ao direito público.

O entendimento básico se dá no sentido de que a função social do Contrato garantiria o primado dos interesses coletivos (sociais) sobre os interesses individuais. Assume-se que os acordos privados refletem desigualdades sociais e deduz-se que a distribuição de riqueza derivada de contratos seria injusta se a negociação não fosse regulada “do lado de fora” somente pela simples vontade das partes. Promovendo a igualdade na sociedade, o Estado deve proteger a parte mais fraca do relacionamento contratual através da regulação heterônoma de contratos para conseguir uma distribuição mais justa dos benefícios do contrato. Em outras palavras, é a perspectiva dos direitos fundamentais sendo espelhada no direito civil, em que se procurará aplicar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

As questões envolvendo a constitucionalização do ordenamento jurídico uno e complexo abarcaria também o direito civil, que não poderia mais ficar restrito a observância da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, ou seja, o aspecto formal, mas entender o direito civil como uma das lâminas do ordenamento jurídico e que, portanto, está irradiado e deve estar em acordo e harmonia com os direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade humana (PERLINGRIERI, 2006).

Tal ótica decorre da relação dos direitos fundamentais para estabelecimento dos paradigmas a respeito das duas grandes revoluções sobre o aspecto dos direitos fundamentais. Com o advento da globalização começam a existir uma retomada do Estado Social para o liberalismo, com políticas mais conservadoras e mais liberdade econômica. Tal questão vem conjuntamente com um forte aparelhamento dos organismos globais de atuação sentido da condução das políticas monetárias nacionais, principalmente nos países em desenvolvimento (SARMENTO, 2004).

O Direito Contrato Brasileiro baseia-se na visão coletivista do contrato, para o qual este não é o resultado da vontade das partes, mas um fato da sociedade orgânica que ex-

pressa a coesão e a solidariedade do tecido social em situações de diferenças marcantes entre indivíduos em uma comunidade. Para esta corrente, o indivíduo seria uma função do sistema social da mesma forma que o contrato é uma função da sociedade (DURKHEIM, 1980, p. 60). Assim, a função social do contrato é uma maneira de impor tal solidariedade, por parte do Estado, quando não resulta espontaneamente da ordem social. Este é, precisamente, o motivo para a existência de direitos sociais no Estado social, em que cooperação é um dever legal, não uma obrigação de natureza puramente moral.

Percebe-se, portanto, que a função social do contrato é a convergência dos direitos e garantias fundamentais, reverberados na esfera privada, trazendo a publicização do direito civil. Deste modo, a função social do contrato consistiria em promover a solidariedade, corrigir o desequilíbrio de poder implícito no contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes. Portanto, o regulamento privado pleno é substituído do contrato elaborado pelos próprios sujeitos contratuais por uma regulação principiológica pública. A intervenção do Estado é feita via evisão legislativa e judicial de contratos (CAPPELETTI, 1984).

Assim o contrato não é adequado para atingir seu objetivo de favorecer bem-estar na sociedade, uma vez que suas diretrizes podem se beneficiar aleatoriamente para alguns indivíduos, mas, proporcionalmente, eles tendem a prejudicar para muitos mais. Tomemos, por exemplo, um contrato de locação que esteja em total desacordo e desequilíbrio entre as partes.

A intensificação da proteção legal de uma das partes (inquilinos, por exemplo) traz consigo, em geral, um aumento geral dos custos de mercado, que acabam sendo transferidos para os assuntos que compõem a demanda. Não significa, em um primeiro momento, aumento da eficiência mas acarretará, posteriormente, melhoria do bem-estar agregado dos componentes da sociedade.

Embora possa, e geralmente, pensar assim, a existência de interesses coletivos digno de tutela no campo das relações contratuais não é ignorado pela literatura convencional de Direito e Economia. O bem-estar social, em uma relação contratual individualizada, só pode ser identificado no âmbito da estrutura do mercado ao qual o contrato está integrado ou de acordo com o tipo de relacionamentos envolvidos em um processo.

A sociedade ou a igualdade não são representadas pela parte mais fraca de um relacionamento de contrato específico ou por um requerente individual em uma disputa semelhante individual, mas pela classe ou cadeia de pessoas em um mercado específico. Como ensina Cooter: “Estatisticamente, o caso dá a Sra. Williams (consumidor que apresentou para denunciar), devido às restrições legais ao crédito, produziu altos custos para os consumidores pobres, considerados como uma classe” (COOTER; ULEN, 2000, p. 282).

Podemos exemplificar que o contrato individual é a árvore, enquanto o mercado (e o conjunto das interações sociais) é a floresta (Lopes, p. 82). Nesse sentido, em um contrato de financiamento de habitação, a empresa é representada pela cadeia ou classe de destinatários (e potenciais mutuários) que dependem do cumprimento do contrato desse indivíduo para alimentar o sistema de financiamento da habitação, tornando novos empréstimos viáveis a quem precisa deles. Então se houver uma ruptura na cadeia determinada por infrações contratuais, o grupo (sociedade) perderá (será deixada sem recursos e acabará por pagar um interesse maior).

Os contratos (bem como a Lei que rege o domínio e os direitos reais) permite a realização de transações que não ocorriam sem suas regras, uma vez que protege as expectativas das partes e cria obrigações as entidades legais que podem estar sujeitas à negociação, com determinados requisitos. Sem esta lei contratual (que cria direitos legais protegidos pelo Estado), as partes teriam dificuldades em estabelecer relações impessoais (fora do círculo familiar ou amizades), principalmente classe daqueles que operam no futuro através do crédito e aqueles que precisam de uma cadeia de relações interconectadas, como empréstimos para financiar habitação e estudos, seguros, planos de saúde, etc. (Shavell, 2004, p. 291).

As questões atreladas a função social do contrato estão, portanto, a tutelar as relações privadas, mas sobre a ótica dos direitos e garantias fundamentais, o que leva à necessária a observância dos fatos sociais que circulam e interagem com o contrato e as obrigações que dali decorrem.

Pode-se ver que a principal função social da Lei Contractual é permitir a conclusão de contratos, favorecendo o fluxo das transações no mercado, a alocação de riscos por agentes atividades econômicas e fortalecer o comprometimento dos agentes com a realização de ações futuras. Tudo isso, para alcançar a situação mais eficiente, ou seja, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos máximos viável da negociação e distribuir o saldo positivo (Schwartz e Scott, 2003, p. 541).

A função social atribuída ao contrato não pode desconsiderar seu papel principal e natural, que é econômico. Ao garantir a venda de um produto, deve o vendedor incluir em seus cálculos de todos os custos que podem ser incorridos, tanto os derivados dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições do negócio.

Esta é a razão pela qual, geralmente os objetivos da justiça redistributiva, perfeitibilizada na função social do contrato, mesmo quando for contra os próprios princípios econômicos do contrato, deverá ser aplicada para a efetivação do bem-estar social, minimizando não só o eventual prejuízo da parte, mas do próprio prejuízo da comunidade.

2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato

Conforme já visto anteriormente, o direito civil, ramo da ciência que estuda as relações entre privados, foi alçado ao nível constitucional através dos princípios constitucionais de garantia e da aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Estas conclusões nos trazem a ideia de que tal elemento, o pacto privado entre as partes, na modalidade estrita, o contrato, que tem por natureza ser um pacificador de uma relação de pretensões antagônicas, recebe do Estado o papel de protagonismo e tem a necessidade da observância, imperativa, do princípio da dignidade da pessoa humana nas questões que lhe couberem.

Muitos autores debruçaram-se sobre o conceito do princípio da dignidade humana, mas, devido a sua característica de direito fundamental e a sua dinâmica evolutiva, tem-se, por cautela, manter a sua definição em aberto, o que conforme anteriormente tratado é elemento comum dos direitos e garantias fundamentais.

De certa forma é o que nos ensina Ingo Wolf Sarlet, ou seja, a definição do princípio da dignidade da pessoa humana deve se manter em aberto, em função do seu caráter congênito e universal, mas deve sim ser entendido objetivamente como um princípio aplicável a todas as relações sociais.

Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência — notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade — cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no já referido ceticismo por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade. (SARLET, 2007, p. 361)

Trata-se, portanto, de princípio que tem por característica proteger toda a pessoa humana, repelindo e combatendo qualquer tipo de comportamento que atente contra essa pessoa, inclusive os desequilíbrios de contratos, que em tese teriam a natureza civil, mas são abarcados pela questão teleológica da dignidade.

Já a sua conceituação e definição é bastante complexa, uma vez que tutela uma gama de situações que não necessariamente são de conhecimento da sociedade, bem como lida com questões subjetivas que devem também se inserir na defesa deste princípio.

O princípio da dignidade humana é, portanto, elemento estrutural do Estado, o qual insere-se em todo seu funcionamento, sendo, ao mesmo tempo, norma protetiva do cidadão e princípio norteador, em todos os níveis, do funcionamento estatal. Como ensina Luis Roberto Barroso (2010):

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance. (BARROSO, 2010, p. 12).

A Constituição Federal do Brasil atribui papel central ao princípio da dignidade, estando esse presente no Artigo 1º da Carta Magna, se insere e se aplica a todos os demais elementos positivos, tratando-se de verdadeiro princípio norteador.

Outra questão que chama atenção é que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Se em primeiro momento parece ser princípio que diz respeito somente à individualidade, na verdade, como princípio norteador da Constituição, passa também a ter um caráter eminentemente social. Por esta ideia conclui-se que este não só protege o indivíduo das arbitrariedades que contra sua pessoa recaírem, mas exige do Estado a promoção de ferramentas para que o cidadão seja contemplado com todos os instrumentos necessários ao desenvolvimento de uma vida digna.

Conclui-se assim, que a função social do contrato traz em si o valor público do benefício coletivo futuro, que este congenitamente carrega e que está contido em vários dispositivos constitucionais como um elemento promovedor da dignidade da pessoa humana. O legislador constituinte de alguma forma impõe, mediante o texto legal, que estes dois instrumentos trabalhem de forma conjunta, brindando o cidadão com a obrigação do Estado em lhe propiciar a dignidade da pessoa humana e visualizando na função social do contrato a ferramenta para esta a concretização desta dignidade.

É incontroverso que a função social do contrato está estritamente relacionada com o princípio da dignidade humana, e sendo o direito civil, ramo do direito sujeito a aplicação dos princípios constitucionais, está também este sobre o alcance daquele. Logo, se determinada conduta decorrente das relações privadas ataca contra a dignidade da pessoa, seja pelos meios insuficientes de cumprimento da obrigação, seja pela contraprestação deficiente da perfectibilização do termo, em ambos os casos, constitucional-

mente, estará o contrato, e sua função social, sobre o abrigo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tal premissa, por consequência, refletirá diretamente na aplicação das leis que tutelam a relação do direito civil, e cujo objeto se destina o direito contratual. A construção da legislação infraconstitucional civil deverá, portanto, estar de acordo com os princípios constitucionais emanados pelos direitos e garantias fundamentais os que convergem para o metavalor da dignidade. Tendo irrestrito alcance, o princípio da dignidade humana, o qual tem por natureza ser princípio universal, congênito, de ampla garantia, não pode se furtar o direito civil da sua aplicação, quando os fatos geradores em questão decorrerem do contrato.

Desta forma, as modificações impostas pela via de legislação infraconstitucional ou medida provisórias, relativas ao direito civil, devem ser observadas mediante o atendimento do respeito à constitucionalidade das leis, e, quando se apresentarem fora deste propósito, deverá incidir, inclusive, sobre estas, o controle difuso de constitucionalidade a ser aplicado pelo poder judiciário.

Visível, portanto, que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana possui ampla aplicação no campo do direito do trabalho. A Constituição Federal de 1988 tem em todo o seu sistema a incidência dos direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser observados de maneira irrestrita por todos os poderes do Estado Democrático de Direito. Completivamente, coloca o texto constitucional, o contrato, principalmente a característica da função social do contrato, como instrumento para obtenção de outras premissas constitucionais, entre elas a dignidade da pessoa. Desta relação surge um amplo campo de aplicação destes dois princípios, o que, devido a sua relevância, acabam por permear várias outras áreas do direito civil.

É gigantesco o desafio que se impõe ao direito contratual. Como encontra-se estritamente ligado com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que um não existem sem o outro, tem o Direito dupla responsabilidade, a primeira a obrigatoriedade de utilização desta poderosa ferramenta como proteção ao indivíduo, a segunda de ter na observância deste mesmo princípio a promoção de melhores condições de equivalência contratual, sejam estas quantitativas ou qualitativas, como determina a valorização dos direitos fundamentais, promovida pela Constituição Federal de 1988.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe talvez invenção humana mais espetacular do que o advento do Estado. A criação deste ente controlador da vida social permitiu o escalonamento da vida em sociedade de forma antes nunca imaginada.

A evolução do Estado, em particular aquela ocorrida entre o Estado absolutista e o Estado democrático de Direito, talvez tenha sido a maior fonte de criação de pensamento da história da humanidade. O aperfeiçoamento das estruturas do Estado e, em especial, das Constituições, levaram as sociedades a um nível de organização social e política impensável no início do século XVIII.

A transformação das Constituições que com elas a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, demonstra o quão penoso foi para que atingíssemos o desenvolvimento legal que hoje nos é ofertado.

No centro destas mudanças estão os direitos e garantias fundamentais e sua inserção nos textos constitucionais. É a partir da inserção destes direitos ao texto Constitucional que o Estado passa a modificar o seu papel de atuação, passando de espectador para promovedor efetivo do bem-estar social, bem como da necessidade imperativa de levar esses princípios ao nível de valores que devem permear todas as estruturas do Estado.

Não há, no entanto, como negar o impacto da aplicação da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais na característica da função social do contrato que hoje perfaz o Estado de Direito. É pelo advento dos direitos e garantias fundamentais do final do século XIX que o Estado se modifica e passa a ter um novo modelo e atuação. É pela ampliação dos direitos fundamentais e sua reverberação no campo contratual, além de sua aplicação pela ampliação da jurisdição constitucional contemporânea, que o Estado democrático de Direito busca seu desenvolvimento e assegura dignidade aos seus cidadãos.

4 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. São Paulo Forense Universitária, 1992.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. Boston: Addison Wesley, 2003

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O o renascer do direito**. Editora José Bushatsky, 1976.

GORCZVESKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz Do Sul, 2009.

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e moderna teoria social**. Tradução de Maria do Carmo Cary. Lisboa: Presença, 2005.

HABERMAS, J. Direito e **Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crise da norma jurídica e reforma do judiciário em direitos humanos, direitos sociais e justiça,** São Paulo: Malheiro, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático.** Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

PERLINGRERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O Tribunal constitucional e os direitos sociais.** 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS JUNIOR, Rubens Fernando Clamer. **Uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUZA, Jesse (Org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.** Brasília: UnB, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA: DA INOVAÇÃO DA SÚMULA 239 DO STJ E DA DESNECESSIDADE DE REGISTRO PARA FINS DE ADJUDICAÇÃO¹

Érica Veiga Alves²

Jorge Renato dos Reis³

RESUMO

A fim de dar uma maior segurança jurídica ao referido negócio imobiliário, este artigo visa analisar a sistemática histórica da regulamentação legislativa do contrato de promessa de compra e venda e os impactos do registro do contrato preliminar no Ofício de Imóveis, bem como verificar a desnecessidade do registro do contrato de promessa de compra e venda de imóveis para fins de adjudicação compulsória. Por meio do método hipotético dedutivo e de procedimento monográfico, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, a problemática do tema consiste na consideração do disposto nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil Brasileiro e o disposto na Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, e da aplicabilidade da Súmula, mesmo ela sendo anterior ao Código Civil. Logo, tendo em vista o disposto na Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa a necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação e considerando os princípios norteadores do atual Código Civil, como a operacionalidade e a eticidade, entende-se que, apesar do disposto nos artigos 1.417 e 1.418, não

1 Este artigo compõe parte da monografia de conclusão de curso da autora.

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Interseções jurídicas entre o Público e o Privado", ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br

3 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br.

há necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação, porque o contrário representaria um retrocesso, o que é proibido pela Constituição Federal e contrário aos princípios do Código Civil.

Palavras-chave: Adjudicação. Promessa de Compra e Venda. Registro.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a necessidade, ou não, do registro do contrato de promessa de compra e venda para fins de adjudicação no Brasil, e possui como objetivo verificar a necessidade ou não do registro do contrato de promessa de compra e venda de imóveis para fins de adjudicação, conforme a legislação e a jurisprudência atuais do Brasil, a fim de dar uma maior segurança jurídica ao referido negócio imobiliário.

Portanto, o problema da pesquisa reside: ao considerar o disposto nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil Brasileiro e o disposto na Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), há necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação pelo promitente comprador?

Considerando que no bojo do mercado imobiliário na economia brasileira há um significativo número de negócios documentados através de contratos de promessa de compra e venda; considerando que o contrato de promessa de compra e venda é um dos mais populares contratos efetuados no direito brasileiro; considerando a colisão existente entre o disposto nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil pátrio e a Súmula 239 do STJ; considerando, especialmente, o fato de que, apesar de todas as regras de hermenêutica jurídica determinarem a obediência à legislação federal em detrimento da Súmula, a jurisprudência dominante determina a aplicação da súmula, e não dos artigos de lei

Para o presente artigo, o método de pesquisa utilizado foi o hipotético dedutivo – que busca a verdade através da eliminação de tudo que não condiz com a realidade – e do método de procedimento monográfico. Portanto, é de suma importância para o direito pátrio e para o mercado imobiliário o presente estudo, a fim de verificar a desnecessidade do registro de promessa de compra e venda para que se obtenha o direito de adjudicação compulsória, em razão de se buscar a segurança jurídica dos negócios jurídicos imobiliários, muito especialmente dos contratos de promessa de compra e venda.

2 A SISTEMÁTICA HISTÓRICA DA REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Para obter uma melhor análise sobre a promessa de compra e venda na legislação pátria, é mister entender o seu desenvolvimento ao longo dos anos no Brasil. Ademais,

tal instituto jurídico foi a forma que propiciou a muitos cidadãos brasileiros a obtenção do sonho tão almejado – a aquisição do direito de propriedade.

Dessa forma, faz-se necessário iniciar o presente estudo verificando como ocorreu ao longo da história pátria a regulação legislativa do contrato de promessa de compra e venda. O direito civil brasileiro passou por profundas mudanças até se encontrar nos moldes atuais, tendo em vista que passou de um ramo extremamente individualista para que, nos dias atuais, se encontre com um viés de função social.

Tal mudança se deu com a promulgação da Constituição de 1988, na qual promoveu uma imponente mudança na forma de interpretar os diversos institutos jurídicos vigentes no país, e, dentre eles, o Código Civil Brasileiro de 2002 já veio com novos pensamentos comparados ao retrógrado código de 1916. Conforme (REIS; BAGATINI, 2012) com o surgimento de novos conflitos sociais, houve a necessidade da regulamentação de matérias que até então eram reguladas apenas pela legislação extravagante, pois o Código Civil de 1916 não abarcava todas essas inovações jurídicas, fator esse que fez com que o antigo código civil perdesse a sua generalidade e primazia em relação ao direito civil pátrio.

Pode-se concluir, pois, que com a reformulação dos conflitos sociais do país, havia uma necessidade na reformulação da legislação pátria, pois a mesma se encontrava demasiadamente desatualizada e não condizia mais com a realidade do cidadão no seu contexto político-social, deixando assim o direito civil a ser exclusivamente privado, e com os pilares da Constituição de 1988, passou a ter um aspecto social. E nessa concepção, uma boa aceção do que viria a ser a função social anteriormente referida é citada pelo autor Losano (2007, p. 41):

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se não de um repúdio, mas sim de um complemento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguiu com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional. As duas visões do direito são, para Bobbio, complementares, mas bem distintas: “Não creio que exista necessidade de insistir no nexó estreitíssimo entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, por outro lado, a teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, por outro: basta pensar na expulsão do ponto de vista sociológico na teoria pura do direito de Kelsen”.

Pode-se considerar então que no antigo e revogado diploma civil de 1916, o art. 1.088 foi uma espécie de “ponto de partida” para uma nova fase para os contratos de promessa de compra e venda no país.

Nos termos do artigo anteriormente mencionado, o promitente vendedor teria a faculdade de, antes que fosse celebrado o contrato definitivo, se arrepender, e nesse sentido, Diniz (2014, p. 102) refere-se a esta fase da história da legislação citando a falta de ética e boa-fé por parte dos promitentes vendedores que preferiam utilizar do direito de arrependimento ao efetuar o pagamento de indenizações, que normalmente equivale, na devolução, em dobro do preço, a terem que efetuar o registro da escritura definitiva, que sob uma ótica econômica seria desvantajoso.

E, então, para dar fim a tal prática – a qual foi muito utilizada na época –, o legislador instituiu o Decreto-lei 58/37, que veio com a intenção de garantir novamente segurança jurídica para os promitentes compradores, garantindo direito real sobre o imóvel compromissado no contrato preliminar (GONÇALVES, 2010).

Este decreto então passou a estender para as escrituras de promessa de compra e venda de imóveis ainda não loteados garantia de direito real. Logo depois, no ano de 1949, surge na legislação uma nova lei sobre o tema: a lei 649/49. Ela dispôs, no seu art. 1º, que os contratos que não tivessem cláusula de arrependimento da promessa de compra e venda, cujo valor já tenha sido pago, ou deva ser pago futuramente em duas ou mais parcelas, desde que inscritos a qualquer tempo, conferem ao promitente comprador direito real, sendo este oponível a terceiros, e também direito de adjudicação compulsória (GONÇALVES, 2010).

E então, a partir desta análise, posteriormente a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o atual Código Civil Brasileiro, veio discutir, juntamente com outras legislações, a promessa de compra e venda de imóveis nos seus artigos 462 a 466⁴ e artigos 1.417 e 1.418⁵.

Pode-se observar, assim, que no antigo Código Civil de 1916 não havia a previsão de legislação específica sobre o tema, com exceção do extinto artigo 1.088, o qual foi

-
- 4 Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.
 Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.
 Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.
 Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.
 Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.
 Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.
- 5 Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.
 Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

tema dos primeiros debates doutrinários sobre a promessa de compra e venda no Brasil, os quais deram origem a toda evolução da matéria em questão. O revogado artigo 1.088 não foi trazido pelo nosso atual Código Civil Brasileiro; contudo, cabe ressaltar, que não é matéria inovadora a título de legislação.

Entretanto, logo quando atual diploma civil entrava em vigência, alguns juristas, assim como Rizzardo (2003, p. 9), julgavam que o novo diploma civil não traria grandes mudanças ao modo de como o direito civil em si passaria a ser aplicado a partir de então, pois consideravam que as mudanças que o novo código trazia já tinham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro anteriormente, por meio da legislação extravagante.

Por certo, pode-se perceber que no decorrer do tempo, desde a origem do contrato de compra e venda – desde o seu primórdio no extinto artigo 1.088 do Código Civil de 1916, já revogado, passando pelo Decreto-lei nº 58 de 1937, em que o instituto da compra e venda possui suas origens –, após diversas legislações, pode-se apontar então o atual Código Civil Brasileiro (GRINOVER; BENJAMIN, 1996), o qual, por alguns doutrinadores, ainda se mantém atual e moderno; entretanto, por outros é alvo de críticas, mas traz em seu cerne princípios elementares do Código de Defesa do Consumidor, que “desempenhou, então, o CDC o papel deflagrador de repensar crítico o direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como consumerismo, que procura se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil tradicional” (TEPEDINO, 2006).

O legislador, ao concretizar o princípio da isonomia contratual, no Código de Defesa do Consumidor, buscou “reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado” (GRINOVER; BENJAMIN, 1996).

Assim, para Nerilo (2002, p. 237), passou o Código Civil Brasileiro a trazer o princípio constitucional da proteção do consumidor; dessa maneira, a parte do código em questão que consiste em dispor sobre contratos em geral está visando constantemente proteger o contratante considerado hipossuficiente do negócio jurídico, dando seguimento, assim, a toda a evolução histórica e cultural da legislação pátria atual que trata a matéria de promessa de compra e venda de imóveis no país.

Entretanto, com a vigência do atual Código Civil Brasileiro, o ordenamento jurídico pátrio passou a perceber inovações relevantes referentes ao contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Tais mudanças constam nos artigos 1.125, VIII; 1.417 e 1.418, juntamente com o artigo 108⁶, juntamente com outras legislações infraconstitucionais não revogadas por tal diploma. (NERILO, 2002)

6 Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Portanto, a promessa de compra e venda, bem como seus efeitos e sua execução, tem dado origem a diversas correntes de jurisprudências na atualidade e acabou merecendo atenção do legislador, o qual passou a efetuar sucessivas alterações na legislação pátria referente ao contrato de promessa de compra e venda, incluindo uma das mais relevantes que foi o atual Código Civil de 2002 em seus artigos 1.417 e 1.418, que versam sobre o direito do promitente comprador – conforme já mencionado anteriormente (GONÇALVES, 2010).

Essas regras afetaram algumas posições jurisprudenciais e exigiram uma nova análise dos doutrinadores quanto ao modo como o tema era embasado nas legislações que vigoravam anteriormente ao Código Civil de 2002. Um clássico exemplo é a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa o registro da promessa de compra e venda no Ofício de Registro de Imóveis para fins de adjudicação compulsória.

Não obstante, quando se trata de contrato de promessa de compra e venda de imóveis, há ainda outras legislações além do atual Código Civil Brasileiro que podem ser abalizadas como pertinentes, como é o caso da Lei nº 6.766/79 que também se refere a promessa de compra e venda de imóveis loteados (GONÇALVES, 2010).

Entretanto, nesse caso, apenas para os contratos de compra e venda feitos partir de 1979 é permitido usar a promessa de compra e venda – de imóvel devidamente quitado, acompanhado do comprovante do recolhimento do imposto devido para que possa se efetivamente se possa dar a transmissão da propriedade. Tal disposição não constava em legislações anteriores e por essa razão tal norma só tem aplicabilidade desde a vigência da Lei 6.766/79. Compete constar, também, que para os contratos celebrados em data anterior à norma supracitada, a escritura pública é mister.

3 O ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PREDOMINÂNCIA DA SÚMULA 239 – DA DESNECESSIDADE DO REGISTRO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Como visto anteriormente, antes mesmo do atual diploma civil entrar em vigor, com a implementação da Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, foi entendido que não haveria a necessidade de registro para que se tivesse direito a adjudicação compulsória.

Entretanto, quando o atual Código Civil entrou de fato de em vigor houve uma discrepância no entendimento do tema, pois a Súmula tinha um entendimento, e o Código Civil outro. Com esse cenário, os tribunais pátrios passaram, inicialmente, a divergir sobre o tema.

Assim, cabe analisar que com a vigência da Constituição de 1988, começou a imprimir-se no cenário jurídico nacional uma nova realidade acerca do direito patrimonial,

passou-se então a haver uma constante preocupação na efetivação dos direitos humanos fundamentais, dando uma maior atenção aos valores coletivos ao invés dos individuais, abstendo-se de forma definitiva do individualismo – que era forte característica do antigo diploma civil pátrio.

Portanto, sendo a função social da propriedade considerada direito fundamental, a sociedade como um todo passou de um cunho patrimonialista e aos poucos foi se modificando a esta nova realidade, que passou então a afetar o direito contratual e, por conseguinte, o contrato preliminar de promessa de compra e venda. Passou-se, assim, a pensar-se na constitucionalização do Direito Civil, por intermédio dos princípios constitucionais trazidos pela Constituição de 1988 e pelos princípios norteadores do atual Código Civil (REIS; BAGATINI, 2012).

Logo, passou-se então a entender que no direito civil, como um ramo do direito considerado numa dicotomia como sendo parte do direito privado, não caberia mais utilizar-se de individualismos, assim como narra Ascensão (2001, p. 379): “O Direito privado não pode ser considerado o direito dos egoísmos individuais, como o Direito público não pode ser considerado o direito das relações de dominação”.

Analisando ainda mais a fundo a divisão entre direito público e privado a medida em que a sociedade e as relações provenientes da mesma passaram a evoluir, Arent (2005, p. 39) explica que no ramo do direito público tem-se, inicialmente, a ideia de como sendo acessível a todos que dele necessitam, como sendo aquilo que vem do povo e foi feito para estar ao alcance do povo e a ele servir, tendo em vista que o Estado Democrático de direito só se torna efetivo quando essas relações estiverem ao alcance de todos os cidadãos.

De outra banda, agora olhando pela ótica da esfera do direito privado – e cabe lembrar que nele se englobaria o objeto do estudo em questão, o contrato preliminar de promessa de compra e venda – tem-se a ideia inicial de algo privado, como o próprio nome diz, algo desempessado de humanidade, solidariedade, ou qualquer outro significado que remeta a sentimentos humanitários e solidários.

Essas definições abarcam o senso comum e foram impregnadas em nossa consciência desde muito cedo. Entretanto, com o passar do tempo e a evolução social ocorrida principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a atentar para essas e outras dicotomias que se encontravam já ultrapassadas.

Assim, os direitos fundamentais e o processo de integração dos princípios trazidos pela própria Constituição ao ordenamento jurídico como um todo implica em incorporar não só o que está expresso no texto constitucional, mas também é preciso olhar sob um prisma mais amplo para que se possa formar de fato a interpretação que o legislador tanto busca. A ampliação dessa nova ótica jurisdicional (FACHIN, 2009)

Destarte, se no caso concreto houver uma divergência entre direitos individuais e coletivos, os coletivos terão um maior valor. Assim, se houver, no caso concreto, uma colisão entre direitos individuais e coletivos, os coletivos terão um peso maior, pois se refere à coletividade. Este caráter social é evidenciado no artigo 421 do Código Civil Brasileiro⁷ (ARAÚJO, 2005).

Nesse sentido, pode-se caracterizar que, na ação de adjudicação compulsória, o juiz tem papel de proferir uma sentença que irá substituir a vontade do promitente comprador do contrato, e essa irá posteriormente valer como título para que seja efetuado o registro do contrato de promessa de compra e venda no Ofício de Registro de Imóveis. Pode-se verificar, então, que esta ação de adjudicação compulsória não possui natureza condenatória para o promitente comprador – que compõe o polo passivo da ação neste caso. Entretanto, caso a ação seja julgada procedente, o juiz, ao proferir a sentença, irá outorgar ao promitente comprador.

Em contraponto, caso o contrato de promessa de compra e venda ainda não esteja registrado, o mesmo não exterioriza a eficácia do direito real do negócio jurídico contratado. Mas embora desprovido de eficácia real, era pacificamente entendido – mesmo antes do atual Código Civil – que o promitente comprador poderia exigir o cumprimento da obrigação, fazendo-se valer do artigo 466-B da Lei nº 11.232/05.⁸

Então, com a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”, foi de enorme valia para esclarecer, do ponto de vista processual, que se tornou irrelevante se a ação é fundada em direito real ou pessoal, visto que a quitação do preço é que autoriza ao promitente comprador propor a ação de adjudicação compulsória.

Não obstante, hoje sendo o entendimento do tema pacífico, com o marco da súmula supra citada, Júnior (2008, p. 487) cita:

Sabemos que as pessoas, quanto mais simples, menos atenção dão à forma e à exigência de regularizar seus títulos. A experiência revela que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis normalmente não são registrados. Não há nenhum óbice em atribuí-lhes eficácia entre as partes, possível mesmo a ação de adjudicação, se o imóvel continua registrado em nome do promitente vendedor.

Assim, o Conselho Federal de Justiça desenvolveu o entendimento registrado no Enunciado nº 95 da 1ª Jornada de Direito Civil que: “O direito à adjudicação compulsória

7 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

8 Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

(art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário”.

Por conseguinte, é notório que, após a vigência do atual Código Civil Brasileiro, mesmo a jurisprudência tendo se tornado resistente a outorgar ao promitente comprador o exercício do direito de adjudicar compulsoriamente, hoje não é mais divergente nesse ponto, estando pacífico nos tribunais pátrios.

Este instituto, quando celebrado com validade, produz efeitos para todas as partes contratantes e, assim, gerando efeitos obrigacionais entre si. Igualmente, o atributo da irretroatividade e o estabelecimento do direito real – com o devido registro – tornam-se elementos notoriamente importantes para o negócio. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência abandonaram a arcaica ideia de que era necessário o registro para que o contrato pudesse ser adjudicado.

Como vimos anteriormente, o registro traz efeito de direito real ao contrato e certamente é importante no que versa sobre a análise jurídica contratual moderna, mas não é elemento essencial para garantir direitos, não necessitando, então, que o registro seja efetuado para que se tenha direito a adjudicação. Todavia, os juristas e doutrinadores da atualidade têm se atentado para este fato e tal reflexo é notado na supracitada Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça (RIZZARDO, 2008).

Portanto, a tendência é que o registro mantenha a sua importância, mas que para os negócios feitos longe dos olhos do Tabelião de Imóveis, os mesmos possam garantir às partes um direito adquirido – que no caso em tela é o de adjudicar compulsoriamente o contrato de promessa de compra e venda sem que seja necessariamente o mesmo registrado.

4 A EXIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.417 E 1.418 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A SÚMULA 239 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O código civil brasileiro, nos seus artigos 1.417 e 1.418⁹, disciplina o contrato preliminar mais usual no país – a promessa de compra e venda. Tal dispositivo legal, incorporado no Código Civil Brasileiro em 2002, referia-se acerca da necessidade de que o contrato de promessa de compra e venda fosse levado a registro para que o promitente comprador tenha direito a adjudicação compulsória.

9 Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

E nesse sentido, antes mesmo da vigência do atual diploma civil, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 239, cita que acerca da desnecessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação. Tem-se nesse cenário jurídico, então, uma Súmula que seria anterior ao Código Civil e que justamente seria contrária ao texto trazido por este em lei.

Com tal situação, cria-se, então, a discussão e a polêmica sobre o que seria correto aplicar no caso concreto. Muitos juristas e aplicadores do direito passaram a defender a posição de que deveria de aplicar a legislação civil vigente de forma a interpretá-la hermeneuticamente de forma literal.

De outra banda, outros juristas e aplicadores do direito passaram a defender a posição de que o sistema jurídico deve ser entendido como um todo, não sendo o diploma civil uma legislação unitária, devendo ser analisado de acordo com os princípios embaixadores da Constituição Federal de 1988 e os princípios que nortearam o próprio Código Civil Brasileiro, tal qual narra Exy (2003, p. 33):

Tem que ceder ante o outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que no princípio afastado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão do peso.

E nesse sentido, pode-se observar que, no âmbito jurídico, a fonte primária do direito é a norma jurídica, ou seja, a legislação e em segundo lugar, no caso de haver algum tipo de lacuna na lei, serão observados então a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a jurisprudência, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro¹⁰ (ALEXY, 1997).

Mesmo com o Enunciado supracitado, ainda há a discussão acerca do caso em tela ser contra legem¹¹, entretanto, juristas e doutrinadores não costumam aceitar costumes contra legem, tendo em vista que estes fazem parte de fontes secundárias do direito, conforme anteriormente exposto.

10 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

11 Conceito referente aos costumes que se encontra em divergência com a legislação vigente.

Nessa acepção, uma mudança na forma de como se aplica o Direito, por meio de um conjunto de normas, segundo cita Bobbio (1997, p. 31) possibilita uma concepção maior e mais ampla do direito.

Logo, para que se pudesse saber com interpretar a divergência legal que havia em relação a necessidade ou não do registro do contrato de promessa de compra e venda para fins de adjudicação compulsória, houve a necessidade de ir contra o legalismo exagerado dos sistemas tradicionais, que consideravam que o texto legal era única fonte do direito e, passar então, a adotar uma nova postura para que se conseguisse observar de um prisma mais amplo as normas e princípios constitucionais e norteadores do Código Civil (RIZZARDO, 2008).

Essa necessidade surge devido à evolução social legislativa e principiológica que o direito pátrio passou, provocando profundas alterações na sociedade e fazendo com que as concepções e dogmas estabelecidos fossem se tornando ultrapassados. Dessa forma, o direito e a sua forma de aplicação também sofreram alterações e devem se adaptar a essa nova realidade social e jurídica.

Logo, para que seja feita uma análise mais ampla da norma, deixando de observar apenas o texto literal, cabe frisar que se deve sempre analisar os princípios interpretativos constitucionais, assim como para o direito civil ou para qualquer outro ramo do direito, conforme explana Canotilho (1991, p. 162):

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Por esta linha, não basta somente efetuar uma análise sob uma ótica principiológica constitucional, mas também é preciso analisar os princípios embaixadores do direito civil e do diploma civil de 2002. Para Rodrigues (2007, p. 52), "o direito civil é uma ciência social que regula a vida do homem na sociedade, e não seria possível essa convivência social harmônica, sem regras que regulem tal comportamento".

Tendo em vista a linguagem empregada pelo atual diploma civil, ele se torna um sistema jurídico aberto (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002), permitindo assim a

incorporação de novos problemas criados pela jurisprudência e por isso é considerado como sendo um código social, trazendo consigo princípios da operabilidade, eticidade e solidariedade.

O princípio da operabilidade, para Reale (1998, p. 102), “confere ao julgador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa, a norma, que, contendo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada, com base na valoração objetiva, vigente na sociedade atual”.

Já o princípio da Eticidade, para Diniz (2017) se relaciona não somente com o direito civil isoladamente, mas também com o direito constitucional, tendo correlação com a dignidade da pessoa humana. Esse princípio tem como principal intuito barrar tudo que ofenda os valores éticos da sociedade como um todo, reprimindo qualquer atitude eivada de má-fé.

De outra banda, o princípio da socialidade, por sua vez, teve origem na Revolução Francesa e se concretizou no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Constituição de 1988, quando se efetivaram os direitos fundamentais. Tal princípio abarca os valores coletivos, deixando de lado de vez o individualismo marcado pelo antigo Código Civil de 1916. Assim, os interesses individuais devem vir em segundo plano em detrimento aos coletivos (REALE, 1998).

Pode-se depreender, então, que ao instituir o atual diploma civil pátrio, o legislador fez uso dos princípios constitucionais trazidos pela Constituição de 1988 e inseriu outros princípios norteadores para que os aplicadores do direito passassem a entender o ramo jurídico nessa nova realidade social que deixava de ser individualista e passava a pensar no bem estar social (RAMOS, 2008).

Portanto, quando notou-se a divergência do que previa o texto legal do Código Civil e o disposto na Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência passou a analisar o direito como um todo, não só aplicando a letra fria da legislação civil. E assim, a partir deste entendimento hermenêutico majoritário, passou-se a aplicar a Súmula em detrimento ao Código Civil. Tal posicionamento jurisprudencial, mesmo sendo considerado *contra legem*, foi entendido como mais coerente, pois abarcaria aqueles contratos que não foram ainda levados a registro por puro desconhecimento da lei pelas partes. Ou seja, as partes contratantes que efetuassem o contrato preliminar, mesmo sendo hipossuficientes e mal instruídas, teriam o direito de adjudicação compulsória (JÚNIOR, 2008).

Conclui-se, portanto, que ao aplicar a Súmula o direito civil estaria caminhando de acordo com os seus princípios norteadores, pois se o contrato mesmo que preliminar cumpre os seus requisitos intrínsecos, ou seja, possui eticidade, deve então a norma ser aplicada de forma a abarcar também o princípio da solidariedade contendo em seu cerne valores coletivos em detrimento aos individuais (REALE, 1998).

5 CONCLUSÃO

As reflexões apresentadas trazem o escopo jurídico nacional acerca da desnecessidade do registro do contrato preliminar de promessa de compra e venda para fins de adjudicação compulsória.

E nesse parâmetro, pode-se analisar que se tem uma norma *contra legem*, tendo em vista que a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça dá o direito de adjudicar compulsoriamente o contrato de promessa de compra e venda mesmo não estando registrado. A referida súmula, portanto, entrou em vigor no ano de 2000, sendo, assim, anterior à vigência do Código Civil de 2002, o qual cita a necessidade de registro para fins de adjudicação.

Nesse sentido, mesmo tendo uma norma considerada por muitos juristas *contra legem*, os tribunais pátrios têm aplicado de forma pacífica a Súmula, em razão dos princípios constitucionais trazidos pela Constituição de 1988 e pelos próprios princípios norteadores do Código Civil Brasileiro, os quais fizeram deste código um código social, trazendo consigo princípios da operabilidade, eticidade e solidariedade.

Por conseguinte, conclui-se com o presente estudo que se deve fazer uma interpretação hermenêutica de forma a analisar conjuntamente os princípios constitucionais e os que nortearam o Código Civil, e não apenas fazer uma análise somente do texto legal do referido código por si só.

Logo, no presente estudo, conclui-se que o direito civil público e privado estão interseccionados como um todo, não se podendo pensar como o direito contratual como sendo limitado a vontade particular, e sim devendo ser interpretado visando o princípio da solidariedade social. Pois tendo em vista que, com a exclusão do posicionamento individualista e patrimonialista, abre-se espaço para um posicionamento solidário em favor do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa lógica, a hermenêutica a ser usada é justificada pelos princípios trazidos pela própria Constituição Federal de 1988, bem como os que nortearam o Código Civil Brasileiro, como a operacionalidade e a eticidade – ambos já abordados anteriormente. Contudo, não basta que o aplicador do direito avalie a legislação civil de uma forma literal e não a interprete com próprio o conjunto principiológico que a rege, pois, além de incoerente, tal atitude representaria um retrocesso jurídico.

Dessa maneira, o Direito e a sua forma de aplicação também sofreram alterações e devem se adaptar a essa nova realidade social e jurídica. Pois o direito civil, desde o Código Civil de 2002, passou a ser norteado por princípios, sendo retrógrado, portanto, analisá-lo isoladamente. Além disso, deve ser operado em harmonia com o direito constitucional, abarcando também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, quando ao efetuar uma análise de um caso em que o contrato preliminar, nesse caso o de promessa de compra e venda, é feito por partes que, além de não possuírem o necessário conhecimento acerca da legislação pátria, não possuem a devida orientação jurídica, nem estão atentas à importância do registro imobiliário. Nota-se que, em boa parte das vezes, são pessoas mais humildes e, conseqüentemente, com um conhecimento reduzido sobre a legislação vigente.

É sabido que foi o tempo em que ser operante do direito consistia em aplicar a letra fria da lei. É preciso ir além de uma interpretação hermenêutica do texto literal da lei. Assim, conclui-se com o presente estudo que o direito tem que cumprir o seu papel para com a sociedade e levar segurança jurídica para todos que dele dependam, mesmo que esses não possuam o devido conhecimento jurídico sobre o contrato em questão, pois o direito não foi feito apenas para os bons aplicadores do mesmo, e sim para servir a sociedade como um todo e poder atender quem dele dependa.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista. Dialética da reconciliação: a evolução do direito privado e do direito público do apogeu da ordem liberal até a consolidação do Estado Social de Direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n 5, jan./jun. 2005

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. da UnB, 1997

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 239**. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula239.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3.

FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-15, p. 12-13.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Visão geral do código. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LOSANO, Mario G. Prefácio à edição brasileira de BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERILO, Lúcia Fabrete Lopes. A trajetória histórico-evolutiva dos contratos até o novo código civil. **Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, 2002, v. 14, p. 237. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

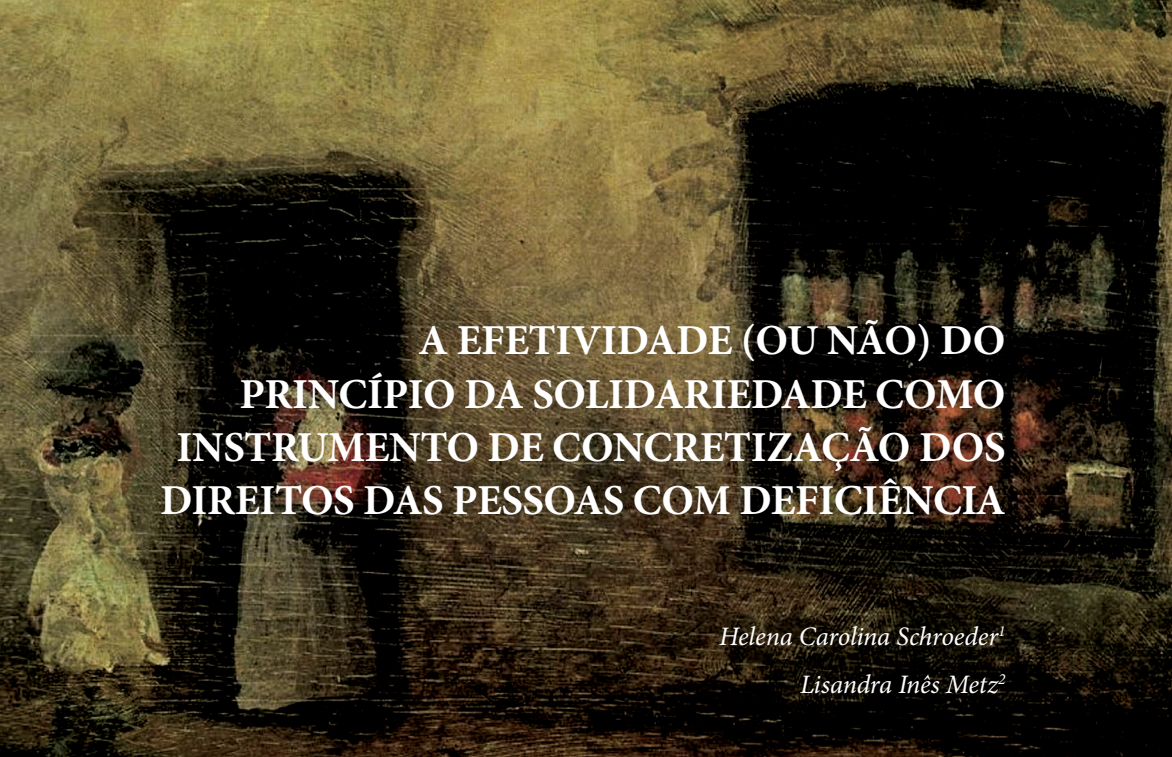
REALE. Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Jorge Renato dos; CEZNE, Igor Andrei. Igualdade contratual no direito brasileiro: nova racionalidade e hermenêutica pelo prisma constitucional. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 280-307, jul. 2007. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/203/149>>. Acesso em: 15 maio 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**: Leis 6.766/79 e 9.785/99. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. São Paulo: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civilconstitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



A EFETIVIDADE (OU NÃO) DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Helena Carolina Schroeder¹

Lisandra Inês Metz²

RESUMO

No presente trabalho será abordada a questão da igualdade e não discriminação das pessoas com deficiência, de acordo com as especificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), apoiando-se nos direitos fundamentais e analisando a aplicação do princípio da solidariedade. Assim sendo, a questão que se busca responder é se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em conjunto com o princípio da solidariedade, contribuíram para que houvesse a concretização e a efetividade dos direitos das pessoas com deficiência. Em conclusão, observou-se, em termos gerais, que o princípio da solidariedade é um instrumento de concretização dos direitos das pessoas com deficiência, visto que é uma possível solução frente uma sociedade com desigualdades, reconhecendo, nesse sentido, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, atribuindo a responsabilização ao Estado e aos particulares para o alcance de uma igualdade de oportunidades. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa empregada tem como base pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito Fundamental. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Igualdade. Princípio da Solidariedade.

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de Iniciação Científica - PUIC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: helenacschroeder@hotmail.com.

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: lisandra_metz@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa um estudo sobre a efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, em especial, do direito de igualdade e não discriminação a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), valendo-se de análise com base no princípio constitucional da solidariedade.

Dito isso, arquiteta-se a estrutura do texto em três pontos. Inicia-se a análise a partir da influência dos direitos fundamentais, abordando as dimensões dos direitos fundamentais e mencionando também o direito à igualdade que se faz presente na Constituição Federal de 1988. Além de ressaltar a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência, aprovado em 2015, o qual tem em seu texto o direito de igualdade e não discriminação expressos.

No segundo momento, passa-se para uma abordagem acerca do princípio constitucional da solidariedade, mencionando o contexto histórico do seu surgimento, trazendo suas conceituações e particularidades. Nesta linha, destaca-se que a solidariedade é vista como uma manifestação de igual dignidade entre os homens, que gera um vínculo de responsabilidade entre as pessoas.

Logo, passa-se para o terceiro item da pesquisa, que é feito a partir da análise sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e do direito de igualdade e não discriminação, relacionando com o princípio constitucional da solidariedade.

Sendo assim, o questionamento que se busca responder é se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em conjunto com o princípio da solidariedade, contribuíram para que houvesse a concretização dos direitos das pessoas com deficiência. O método de pesquisa abordado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa empregada tem como base pesquisa bibliográfica e legislativa.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para contextualizar o tema, cabe primeiramente uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais. Para tanto, é importante mencionar que os direitos fundamentais nascem com o indivíduo, pois visam “garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (SILVA, 2012).

Visto que os direitos fundamentais são garantidores de direitos essenciais à vida humana, tanto em um plano individual, como também em um âmbito coletivo, caracterizam-se como direitos previstos de fato em uma norma concreta jurídica, de forma objetiva (SILVA, 2012).

Mediante a relevância da proteção da liberdade inerente aos seres humanos através dos direitos fundamentais, estes se encontram na ordem constitucional brasileira. Os dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988 são intitulados como catálogo de direitos fundamentais, devido ao período em que ocorreu a implementação da vigente Constituição, qual seja, pós-ditadura (SARLET, 2009, p. 63).

As dimensões dos direitos fundamentais são o reflexo da evolução dos mesmos, sendo assim, os direitos fundamentais se dividem em quatro dimensões. A primeira trata-se de uma igualdade formal, não levando em consideração as diferenças entre as pessoas, mas garantindo liberdades individuais e exigindo uma atitude de abstenção do Estado (negativa). A segunda dimensão respeita a igualdade formal defendida pela primeira dimensão e acrescenta a ideia de uma igualdade material (LOVATO; DUTRA, 2015, p. 5).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, caput, que todos somos iguais perante a lei. Essa ideia remete ao princípio da igualdade, o qual indica que:

[...] equal treatment should apply to equal situations. At the same time, it also supposed the right of differentiation in legal treatment, if the situations of citizens are different. In other words, to equal situations should correspond an equal legal treatment and, to the different situations, the legal treatment must be different (ANDREESCU; PURAN; ANDREESCU, 2017, p. 84).

A partir desse conceito, faz-se necessário analisar os subprincípios do princípio da igualdade: igualdade formal e igualdade material. O primeiro trata-se de uma igualdade a qual propõe que as pessoas auferam os mesmos direitos e sejam tratadas como se igual fossem. Já a igualdade material requer “que casos iguais sejam tratados iguais, e casos desiguais sejam tratados de acordo com suas diferenças” (VERLOO; ROGGE BAND, 1996, p. 8).

Seguindo essa analogia, observa-se um caráter duplo em relação aos direitos fundamentais, pois, segundo Ferrajoli (2001, p. 1), os direitos fundamentais caracterizam-se por ser um direito subjetivo, o qual poderá ser analisado de maneira positiva em relação ao serviço e a sua função, mas também poderá ter uma perspectiva negativa quando se trata da impossibilidade de infringir esses direitos.

Dessa forma, em observância ao conceito de direito material, fica evidente a necessidade de igualar as desigualdades, abordando tratamentos diferentes para situações de naturezas diferentes. Sendo assim, Domingos (2002, p. 194) descreve que:

[...] os direitos fundamentais, especialmente os sociais, vêm no sentido de compensar desigualdades, afastando, dessa forma, teses que enxergam estes

direitos sob a ótica estreita da necessidade de uma prestação positiva estatal, quando o alcance é muito superior a uma mera imposição, sendo, na verdade, meio de impedir que o Estado admita crescentes desigualdades e convalide a discriminação social.

Consoante à prestação positiva estatal, os direitos fundamentais são convencio-
nados a uma reserva do possível, pois se faz necessária a análise do critério de propor-
cionalidade ao aplicá-los, considerando os limites jurídicos e também as circunstâncias
fáticas, visando à proteção deles (SARLET, 2009, p. 288).

Existindo conflito de entendimento em situações fáticas inerentes aos direitos
fundamentais, mesmo que as normas contidas no artigo 5º parágrafo 1º da Constituição
Federal sejam as responsáveis por delimitar o que são direitos fundamentais, elas não
podem impedir e impor limites para que a natureza desses direitos seja concretizada no
plano real:

Em outros termos, a norma contida no art. 5º, § 1º da CF não teria o condão de
impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham
a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris*, não
gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular (SARLET, 2009, p.
237).

A concretização da plena eficácia dos direitos fundamentais ocorre não so-
mente através dos dispositivos que o artigo 5º da Constituição engloba, mas também
estão positivados em outras partes do texto constitucional, em convenções e tratados
internacionais, assim como em leis esparsas, com o intuito genuíno de compensar as
desigualdades, através da igualdade material (SARLET, 2009, p. 71).

Um exemplo disso é o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), o
qual prevê, em seu artigo 4º, que as pessoas com deficiência possuem direitos iguais às
demais, ou seja, viabilizando oportunidades para que sejam tratados iguais aos outros. A
não discriminação da pessoa com deficiência também está presente na Lei 13.146/2015.

Seguindo esse raciocínio, a Lei menciona o que é considerado discriminação e
estipula igualmente no parágrafo 1º do artigo 4º algumas formas de discriminação que
não deveriam ser sofridas pelas pessoas com deficiência em razão de sua condição, tais
como as que impeçam ou anulem o exercício de seus direitos, assim como sua liberdade
fundamental.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais é caracterizada pela solidariedade
e fraternidade, e ainda pela preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras.
Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 deixa claro em seu artigo 3º, inciso I, ser

objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Além disso, a terceira dimensão tem relação com o artigo 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, porque inviabiliza o tratamento cruel, opressor e desumano, com o intuito de proteger a pessoa com deficiência e, além disso, a sua dignidade como pessoa humana. É possível afirmar dessa forma, que:

[...] o ordenamento jurídico brasileiro, buscando, com isso, privilegiar a dignidade humana acima de todo e qualquer limite imposto internamente, tendo em vista que o princípio da Dignidade Humana não deve ser obstaculizado por normas e procedimentos capazes de retirar o mérito e a importância desses direitos universalmente consagrados em âmbito internacional (PES, 2009, p. 6).

A dignidade da pessoa humana é essencial para sustentar os direitos fundamentais internacionalmente. De encontro com essa perspectiva, a quarta dimensão traz a ideia de globalização, a qual é composta pela democracia. O viés dessa dimensão tem como propósito elaborar uma nova visão dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade (SARLET, 2009, p. 50).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é oriundo da Convenção de Nova York sobre as Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a qual é internalizada no Brasil com status de emenda constitucional. Tal fato demonstra que o Estatuto respeita as diretrizes internacionais, assim proporcionando democracia e enfatizando os direitos civis das pessoas com deficiência. O artigo 6º do Estatuto é um exemplo disso, pois amplia a capacidade civil da pessoa com deficiência.

Diante das dimensões dos direitos fundamentais, percebe-se que essas corroboram para oportunizar a igualdade das pessoas com deficiência, através da proteção e da não discriminação, com a participação do Estado e da sociedade, utilizando a igualdade material e a terceira dimensão como base.

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Após mencionar as dimensões dos direitos fundamentais, analisar o direito à igualdade previsto na Constituição Federal e de ressaltar a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência que foi aprovado no ano de 2015, passa-se para uma abordagem acerca do princípio constitucional da solidariedade.

Os direitos humanos foram totalmente destruídos pelas atrocidades praticadas durante o período da Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é proveniente da necessidade de se recompor os direi-

tos humanos, tornando-se o marco paradigmático do direito contemporâneo (CARDOSO, 2010, p. 94-95).

A Declaração de 1948 despertou a vigente interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o bem-estar e a justiça social deixaram de serem expressões puramente teóricas. Isso acarretou uma maior ação do Estado e, em especial, da sociedade, com o propósito de tornar possível cada ser humano existir e se desenvolver com dignidade. Assim sendo, a ingerência da Declaração Universal de 1948 na Constituição Federal brasileira de 1988 é máxima, e desta forma, o caráter absoluto dos direitos humanos define a maneira de atuar do Estado e da sociedade, firmando a solidariedade (CARDOSO, 2010, p. 95-98).

Nesse momento vale fazer uma relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais mencionados no item anterior. Os direitos humanos são valores superiores que se encontram no mundo axiológico, à medida que os direitos fundamentais, que é uma terminologia do mundo jurídico, são os direitos humanos positivados, conduzidos para o mundo real. Em síntese, os direitos fundamentais nascem da positivação dos direitos humanos (REIS; KONRAD, 2015, p. 65).

A Constituição Federal em vigor tem como base valores e princípios de caráter democrático e visivelmente social; isso se deve, como já relatado, à influência da universalização dos direitos humanos. Encontra-se no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, o pressuposto de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por intento fazer com que as individualidades se harmonizem com os interesses sociais da coletividade (CARDOSO, 2010, p. 3). Neste sentido, estabeleceu-se natureza jurídica ao princípio da solidariedade. Ainda a respeito da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que:

[...] a própria Constituição Federal de 1988 é fruto de um movimento socializador e democrático e adota valores humanitários nas relações comunitárias para uma vida digna. Em seu art. 3º, I, é perceptível que as individualidades devem ser compatibilizadas com os interesses sociais da coletividade. Há, nesse sentido, uma maior preocupação com o “ser”. Um direito sob a ética solidarista não se coaduna com a ideologia individualista, sendo a atual Constituição Federal uma desafiante do sistema e da estrutura do direito, uma vez que se atém a finalidades sociais específicas: construção de uma sociedade livre e justa; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação; uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo fim seja assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do art. 3º, 170, CF (REIS; KONRAD, 2015, p. 81-82).

É possível também verificar a consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, e atualmente a dignidade humana integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. Neste contexto, a dignidade da pessoa humana, igualmente, é o pilar central do princípio constitucional da solidariedade.

O surgimento da manifestação solidarista está relacionado à crise do modelo liberal a datar das transformações econômicas e sociais da metade do século XIX. Neste instante, o discurso de solidariedade retrata uma crítica à democracia burguesa, considerando, portanto, uma nova forma de se pensar o direito, a sociedade e o próprio Estado (REIS; KONRAD, 2015, p. 77).

Apesar de verificar que a solidariedade é um projeto que surgiu no decorrer da história, é possível notar que a concepção de solidariedade tornou-se um anseio típico do século XX, quando, pela primeira vez, o homem constatou a possibilidade da destruição do planeta e do esgotamento dos recursos naturais. O sentimento de estarmos, todos nós, sujeitos a ameaças e crises globais nos fazem, indispensavelmente, solidários uns aos outros. Este contexto gera o dever de respeitar as futuras gerações (MORAES, 2006).

Assim sendo, o conceito de solidariedade conquista destaque no transcorrer da história, razão pela qual é indispensável elucidar que a solidariedade não pode ser estipulada como divisor do mundo, separando entre aqueles que dão e os que apenas recebem. A ideia de solidariedade baseia-se no sentido de que todos têm o dever de colaborar, da mesma maneira que todos poderão se favorecer desta doação de acordo com suas necessidades (MELEU; BANDEIRA, 2017, p. 271).

Imprescindível esclarecer também que a solidariedade aqui não significa “caridade” ou “filantropia”, o termo está ligado ao contexto de um princípio constitucional, o qual é um veículo condutor da efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da solidariedade tenciona a um direito ético e justo, dirigido para o bem comum, desta forma, consolida-se como um novo paradigma no qual a sociedade civil colabora para a evolução da humanidade e o direito por seu turno habilita-se para conduzir as ações individuais em benefício de um social difuso (REIS; KONRAD, 2015, p. 79).

A solidariedade, como manifestação de igual dignidade entre os homens, opera como um freio à extensão da lógica mercantil e a outras implicações provenientes da globalização, considerando-se que a solidariedade é uma questão de futuro e que deve fazer-se presente em qualquer sociedade. A discriminação e a desigualdade, como consequências do fenômeno da globalização, fazem renascer o sentimento de solidariedade nas pessoas, causa pela qual o princípio da solidariedade deve estabelecer-se, dado que nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem ele (MELEU; BANDEIRA, 2017, p. 273).

Assim sendo, a solidariedade é também um fato social, ao passo que não é possível imaginar o homem sozinho, tão somente pode-se cogitar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, segundo Moraes (2006) “como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade”.

A solidariedade dá razão à existência do ser humano na sociedade para que uma pessoa perceba na outra um valor, segundo Cardoso (2010, p. 91) “absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda, como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão à outrem, à si mesmo e à sociedade”.

Ainda, a solidariedade busca como resultado a responsabilização não apenas do Estado, mas também da sociedade e das instituições particulares para conquistar uma realidade menos desigual e mais justa. A solidariedade, fazendo-se exigível, tem como objetivo estabelecer que a sociedade seja um ambiente favorável ao desenvolvimento da dignidade de cada pessoa de maneira integrada, em todas as suas dimensões (CARDOSO, 2010, p. 102-103).

Além disso, o princípio da solidariedade manifesta-se como o novo paradigma do Direito Privado, que está fundamentado nos ideais de bem-estar e justiça sociais. O Direito Civil Constitucional surge para proteger os mais fracos e vulneráveis, sendo um direito que reconhece o seu papel de conduzir com justiça e harmonia as relações interprivadas. Ainda a respeito do assunto, pode-se afirmar que:

[...] a própria dicotomia Direito Público/Privado, herdada do Direito Romano, torna-se hoje anacrônica, em face da progressiva constitucionalização do Direito Privado, que passa a gravitar em torno não mais de vetustas codificações, mas da constelação de princípios constitucionais, em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade humana (CARDOSO, 2010, p. 170).

Destarte, a partir da compreensão da solidariedade, surge uma nova realidade hermenêutica concentrada em uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, estando arrolada no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, a solidariedade torna-se um princípio constitucional que estrutura o Estado e as relações interprivadas. Em simples palavras, é colocar-se no lugar do outro e agir para que a dignidade humana e os direitos fundamentais daquele sejam efetivados e não sofram nenhuma espécie de violação. Logo, a solidariedade é um atual modelo das relações jurídicas, especialmente entre particulares, e reflete uma nova visão para o direito frente à concretização da dignidade da pessoa humana.

4 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Neste ponto do trabalho, parte-se para a questão central do presente artigo, que é a relação do princípio da solidariedade com os direitos das pessoas com deficiência. Ou seja, busca-se ressaltar neste momento a ligação do princípio da solidariedade como um instrumento de concretização dos direitos expressos na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Sendo assim, a partir da recente aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, possibilitaram-se maiores conquistas e amplos debates a respeito dos direitos das pessoas com deficiência. A Lei, em seu artigo 1º, dispõe que tem por objetivo “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015).

O Estatuto caminha de acordo com a Constituição Federal, a qual menciona em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à igualdade. Porém, no caso, é necessário perceber a igualdade material, devendo tratar os desiguais de forma desigual, ou seja, igualar os indivíduos que são essencialmente desiguais. Nesse sentido, surge o princípio da solidariedade, o qual remete de imediato a um conceito de coletividade, pois é através dele que é possível promover oportunidades de igualdade diante de desigualdades.

Esta percepção de solidariedade aparece como uma viável saída para o enfrentamento da ausência de efetivação e inobservância dos direitos humanos, dado que tem por objetivo rechaçar os meios de opressão e exclusão. Ainda, o princípio da solidariedade é elaborado para aferir responsabilidades, conseguindo auxiliar na superação da utopia de um mundo governado por cálculo (MELEU; BANDEIRA, 2017, p. 273).

A solidariedade vem a implicar na responsabilização não apenas do Estado, mas também da sociedade e das instituições particulares pela consecução de uma realidade mais justa e menos desigual (CARDOSO, 2010, p. 102). Dessa maneira, a responsabilidade solidária do Estado e da sociedade quanto aos seus deveres de garantir os direitos das pessoas com deficiência se verifica no artigo 8º da Lei 13.146/2015 que declara:

É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade,

ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 2015).

A perspectiva de proteção da pessoa com deficiência presente na norma jurídica visa à efetivação de seus direitos fundamentais com prioridade. Utiliza-se, assim, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com a finalidade de expandir a proteção desses direitos, visto que é uma referência internacional em relação a essa matéria.

A promoção social dos direitos previstos no artigo 8º da Lei 13.146/2015 não se limita somente às instituições estatais, uma vez que estas apresentam deficiências nesse quesito. Sendo assim, nota-se a necessidade de uma vinculação às instituições de cunho particular (CARDOSO, 2010, p. 105). Outro fator a ser observado no respectivo artigo é a responsabilidade da sociedade para concretizar os direitos das pessoas com deficiência, previstos em lei, afinal, eles “dependem também de comunidades, grupos, associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na ação” (MIRANDA, 1995, p. 18).

Seguindo essa linha de raciocínio, a participação da sociedade é essencial para tomar iniciativas mediante situações que desrespeitem a norma positivada de proteção das pessoas com deficiência. O artigo 7º do Estatuto da Pessoa com Deficiência deixa explícito que “é dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência” (BRASIL, 2015).

Consequentemente, a responsabilidade posterior à comunicação remete-se ao Estado, a qual consiste em tornar essa informação em ação pelas vias judiciais e extra-judiciais, utilizando-se de suas ferramentas para solucionar a eventual violação da lei.

Partindo do pressuposto de que a responsabilidade quanto ao ato de comunicar a contradição às normas protetoras das pessoas com deficiência é de todos, observa-se que tal medida faz-se necessária devido à condição desigual da pessoa com deficiência. Desse modo, a atitude solidária é contrária à indiferença, “responsabilizando o indivíduo para com seu semelhante, colocando-o numa perspectiva de responsabilidade com os hipossuficientes, os cidadãos de outros países e até mesmo os que nascerão nas futuras gerações” (CARDOSO, 2010, p. 106).

De encontro com essa analogia de superação da indiferença ao tratamento das pessoas com deficiência, frisa-se que elas devem encontrar oportunidades para que se desenvolvam, sendo incluídas socialmente, mesmo que implique em abstenção do Estado, da sociedade e também da família de seus interesses pessoais. Afinal, a dignidade das pessoas é igual e por isso é necessário o emprego dos direitos fundamentais da ter-

ceira dimensão, o qual distribui de forma equilibrada essa responsabilidade de proteção entre o Estado, sociedade e a família (CARDOSO, 2010, p. 111).

Em síntese, é visível que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é um avanço sobre o tema e possui muitas garantias e direitos, porém, falta efetividade para o mesmo frente a uma sociedade que ainda, na sua maioria, é individualista. Nesse sentido, por possuir como pilar central a dignidade da pessoa humana e ter como objetivo buscar o bem comum, o princípio da solidariedade mostra-se como uma possível solução para as desigualdades e injustiças que encontramos na sociedade, sendo responsabilidade do Estado e dos particulares dar efetividade aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência através da solidariedade.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho intentou-se abordar os direitos das pessoas com deficiência, em especial, os direitos de igualdade e não discriminação, manifestados no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), partindo-se dos direitos fundamentais e da aplicação do princípio constitucional da solidariedade como meio de concretização dos referidos direitos.

Primeiramente, partiu-se do registro da importância dos direitos fundamentais, fazendo menção ao direito de igualdade expresso na Constituição Federal de 1988, além de abordar as dimensões dos direitos fundamentais. Também no mesmo item fez-se uma análise de situações relevantes encontradas no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Após, buscou-se abordar o princípio da solidariedade, analisando o contexto de seu surgimento, suas características e sua aplicabilidade.

E, no terceiro item, intentou-se relacionar o Estatuto da Pessoa com Deficiência com o princípio constitucional da solidariedade, sendo este uma possível solução para a efetividade da dignidade humana e dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, notadamente, ao direito de igualdade e não discriminação expressos no mencionado Estatuto.

Em conclusão, pode-se verificar que a recente aprovação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) ampliou os debates e as conquistas acerca dos direitos das pessoas que possuem algum tipo de deficiência. Mas apesar do caráter garantista do Estatuto, ainda carece efetividade para o mesmo. Nesse sentido, o princípio da solidariedade surge como um instrumento de concretização da dignidade e dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, gerando um vínculo de responsabilidade do Estado e dos particulares para garantir a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência com as demais pessoas e não sofrer nenhuma espécie de discriminação.

Pode-se constatar, ainda, que a força da humanidade tem a capacidade de controlar o egoísmo individual. Encontrando-se em todas as pessoas o sentimento de respeito pela dignidade humana, faz-se surgir a solidariedade como um sistema de direitos e deveres, ligando os homens uns aos outros de maneira duradoura e ética.

REFERÊNCIAS

ANDRESSCU, M.; PURAN, A.; ANDREESCU, C. The Constitutional Principle of Equality: Legal Significance and Social Implications. In: **Law, Society & Organizations**. v. II. issue 3. p. 83-92, 2017. Disponível em: <http://seapopenresearch.eu/Journals/articles/LSO_3_4.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

DOMINGOS, Sérgio. A eficácia dos direitos fundamentais. In: **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. v. 19. p. 191-214. ano 10. Brasília: jan/jun 2002. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/19_09.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Fundamental Rights. In: **International Journal for the Semiotics of Law**. v. 14, p. 1-33, 2001. Disponível em: <<https://link-springer.com.ez127.periodicos.capes.gov.br/content/pdf/10.1023%2FA%3A1011290509568.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

LOVATO, A. C.; DUTRA, M. C. Direitos fundamentais e direitos humanos – singularidades e diferenças. In: Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 12., Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, 8., 2015, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13217/2323>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MELEU, M. da S; BANDEIRA, L. C. A solidariedade como base para efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional. In: **Revista do Direito UFMS**. v.3. n. 1. p. 259-274. Mato Grosso do Sul: Editora UFMS, 2017. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/4074/3303>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MIRANDA, Jorge. **A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição portuguesa**: um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo v. 199, janeiro-março 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO; M. M.; GUERRA, I. F.; FILHO, F. N. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização dos direitos humanos elencados em tratados**. 2009. 128 f. Tese (Curso de Formação Avançada para o Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.

REIS, J. R. dos; KONRAD, L. R. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. In: **Revista novos estudos jurídicos [recurso eletrônico]** vol. 20. n. 1. p. 59-87. Itajaí: 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Flavia Martins André da. Direitos fundamentais. In: **E-gov**, out. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/direitos-fundamentais-2>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VERLOO, M.; ROGGE BAND, C. Gender Impact Assessment: the development of a new instrument in the Netherlands. In: **Impact Assessment**. Issue I. v. 14. 1996. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07349165.1996.9725883>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Este livro foi composto nas tipologias Swis721 Cn BT e Minion Pro.
Impresso em cartão 250g e papel offset 75g certificados, provenientes de
florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às
pessoas e ao meio ambiente

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!
Visite nossa home page:
www.ithala.com.br



FERNANDA BRANDT

Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da UNISC, com bolsa PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil (novo código de processo civil). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Docente. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito das Famílias, Sucessões e Mediação, da Universidade Federal Rio Grande do Sul (UFRGS) e do Grupo Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado da UNISC. É advogada atuante em direito das famílias. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família em Santa Cruz do Sul. Diretora Social da Associação Comunitária Pró Amparo do Menor de Santa Cruz do Sul – Copame (2018-2020). Endereço eletrônico: fernandabrandt.adv@globomail.com



JORGE RENATO DOS REIS

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno (Itália) com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional e Especialista em Direito Privado, ambos pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (FISC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direito da UNISC, no qual foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br

Dentro das intersecções jurídicas entre o público e o privado, as atividades de pesquisa têm como foco a solidariedade como princípio constitucional instrumentalizador da dignidade da pessoa humana, vértice piramidal do sistema jurídico brasileiro, na discussão e busca de soluções de questões fundamentais para a coletividade e à pessoa humana na sua individualidade. Na presente obra, *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: A Concretização da Solidariedade*, o princípio constitucional da solidariedade é apresentado nas várias interfaces advindas das intersecções do público e do privado nos diversos ramos do direito, como instrumento de concretização da dignidade humana a partir do resultado da empatia e/ou alteridade adicionado à ação positiva em busca do bem-estar coletivo e individual.

São compilados os estudos dos pesquisadores do grupo de pesquisa *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado*, na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, na área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. O grupo é coordenado pelo Professor Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no grande grupo do Constitucionalismo Contemporâneo. As diversas atividades acadêmicas, tais como pesquisas e extensão do grupo, podem ser conferidas no site <www.unisc.br/sites/grupo-pesquisa-direito> e no Facebook, @gpinterseccoesjuridicasentreopublicoeoprivado.

ISBN: 978-85-5544-150-9



ithala.com.br