

REVISTA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISSN: 1676-8558 (Impresso)

ISSN: 2178-2466 (Eletrônico)

DOI: 10.31512/16768-558/2178-2466

Revista
DIREITO E JUSTIÇA
Reflexões Sociojurídicas

V. 19, n. 33, maio/agos. 2019.

Editores Gerentes
Florisbal de Souza Del'Olmo
Rosângela Angelin



UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E
DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**REVISTA DIREITO E JUSTIÇA:
REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**

Santo Ângelo – Brasil
2019

R454 Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Rosângela Angelin – v.1, n.1 (abril 2002)- . – Santo Ângelo: FuRI, 2019.

v.19, n.34, maio/agos. 2019.
Semestral: 2002-2017. Quadrimestral: 2018-
ISSN 2178-2466

1. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. III. Angelin, Rosângela (org.)

CDU: 340.114

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Organização
Rosângela Angelin

Revisão
Rosângela Angelin
Fábio César Junges

Revisão da Língua Inglesa
Paulo Adroir Magalhães Martins

Formatação
Fábio César Junges

Capa
Tiago Beck

Publicação
FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Publicação vinculada ao Curso de Graduação em Direito da URI
Campus Santo Ângelo – RS

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade
de seus autores.

Reitor

Arnaldo Nogaro

Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Neusa Maria John Scheid

Pró-Reitora de Ensino

Edite Maria Sudbrack

Pró-Reitor de Administração

Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo

Diretor Geral

Gilberto Pacheco

Diretor Acadêmico

Marcelo Paulo Stracke

Diretora Administrativa

Berenice Rossner Wbatuba

Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Osmar Antonio Bonzanini

Coordenador de Área de Conhecimento

Jacson Roberto Cervi

Curso de Graduação em Direito

Coordenadora do Curso

Charlise Paula Colet Gimenez

Editora Gerente

Rosângela Angelin

FOCO E ESCOPO

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, classificada como B1 pelo Qualis Periódicos da CAPES, tem como objetivo atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

Indexadores



Bases de Dados



Associado à



EQUIPE EDITORIAL

Editora Gerente

Dr^a Rosângela Angelin, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

Conselho Editorial

- Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevidéu, Uruguai
Dr^a Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru
Dr^a Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, UEUROPEIA, Lisboa, Portugal
Dr^a Gina Vidal Marcl io Pompeu, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Frederico de Baggis, UNCUYO, Mendoza, Argentina
Dr^a Jamile Bergamaschine Mata Diz, UTT, Ita una, MG, Brasil
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil
Dr^a Lucy Arraya, UNPHU, Santo Domingo, República Dominicana
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal
Dr. Oscar Sarlo, UDELAR, Montevidéu, Uruguai
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr^a Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dr. Raymundo Juliano Feitosa, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assun o, Paraguai
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha
Dr^a Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México

Comissão Científica “Ad Hoc”

- Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevidéu, Uruguai
Dr^a Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal
Dr. Altamirando Pereira Rocha, UFU, Uberlândia, MG, Brasil
Dr^a Ana Keuly Luz Bezerra, IFPI, Teresina, PI, Brasil
Dr. Antonio Dari Ramos, UFGD, Dourados, MS, Brasil
Dr. Augusto Jaeger Junior, UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr^a Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, FKMKG, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr^a Cristina Ferraz, PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Deo Campos Dutra, DOCTUM, Juiz de Fora, MG, Brasil
Dr. Diego Pereira Machado, Faculdades Anhanguera, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Diego Prezzi Santos, Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil
Dr^a Edith Maria Barbosa Ramos, CEUMA, São Luís, MA, Brasil
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru
Dr^a Fernanda Andrade Almeida, UFF, Niterói, RJ, Brasil
Dr^a Fernanda Miranda Barbosa, UNIESP, São Paulo, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim, FEJAL/CESMAC, Maceió, AL, Brasil
Dr^a Giselle Marie Krepsky, FURB, Blumenau, SC, Brasil
Dr. Guilherme Camargo Mass u, UFPel, Pelotas, RS, Brasil
Dr. Ilton Garcia Costa, UENP, Jacarezinho, PR, Brasil

Dr^a Ilzver de Matos Oliveira, UNIT, Aracaju, SE, Brasil
Dr. Jefferson Caponero, IFBA, Simões Filho, BA, Brasil
Dr. Joao Paulo Allain Teixeira, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dr. Jose Mario Wanderley Gomes Neto, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dr. José Russo, UFAM, Manaus, AM, Brasil
Dr. Juan Francisco Espinoza Molina, DEUSTO, Bilbao, Espanha
Dr^a Leila Arruda Cavallieri, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ms. Lívia Dutra Barreto, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr^a Lorena de Melo Freitas, UFPB, João Pessoa, PB, Brasil
Dr. Luís Henrique Bortolai, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil
Dr. Luis Renato Vedovato, UNICAMP, Campinas, SP, Brasil
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil
Dr^a Mara Darcanchy, UNINOVE e UNIP, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dr. Marcelo Lamy, UNISANTA, Santos, SP, Brasil
Dr. Marcus Pinto Aguiar, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal
Dr. Mário Lúcio Garcez Calil, UEMS, Parnaíba, MS, Brasil
Dr. Mário Luiz Ramidoff, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil
Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva, UFBA Salvador, BA, Brasil
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr^a Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dr. Osmar Veronese, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Paulo Roberto Ramos Alves, UNOESC, Xanxerê, SC, Brasil
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assunção, Paraguai
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha
Dr^a Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, UNIMAR, Marília, SP, Brasil
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, IMED, Passo Fundo, RS, Brasil
Dr. Silvio Beltramelli Neto, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil
Dr^a Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México
Dr^a Tânia Regina Zimmermann, UEMS, Dourados, MS, Brasil
Dr^a Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil
Dr. William Paiva Marques Júnior, UFC, Fortaleza, CE, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
Charlise Gimenez	
Janete Rosa Martins	
A EMERGÊNCIA DO QUARTO MUNDO COMO ATOR GLOBAL: A QUESTÃO DO INDIGENISMO E DA PARADIPLOMACIA INDÍGENA (1960-2000)	13
Odete Maria de Oliveira	
Helenice da Aparecida Dambrós Braun.....	
DE KANT A HONNETH: UM ENSAIO SOBRE A LIBERDADE E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	47
Guilherme Camargo Massau	
André Kabke Bainy	
MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS E A PREVALÊNCIA DA VONTADE DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO: COMPREENDENDO A DICOTOMIA ENTRE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA E INDISPONIBILIDADE RELATIVA DE DIREITOS TRABALHISTAS	71
Sergio Torres Teixeira	
Delmiro Borges Cabral	
A CONTRIBUIÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	97
João Pedro Silvestrini	
Zaiden Geraige Neto	
Thiago Ribeiro Franco Vilela	
A (RE)PRODUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA ATIVIDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL COMETIDOS CONTRA MENORES DE 14 ANOS.....	113
Johana Cabral	
Ismael Francisco de Souza	

SCHWIERIGKEITEN BEI EINER AN KANT ORIENTIERTEN
AUSLEGUNG DER WÜRDE DES MENSCHEN: ZUGLEICH
EINE KRITISCHE BETRACHTUNG DER ENTSCHEIDUNG
DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS ÜBER DIE
VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES § 14 ABS. 3 LUFTSIG 137

Matheus Pelegrino da Silva

O DEVER DE INFORMAR E O DEVER DE SE INFORMAR NOS
CONTRATOS DE SEGURO DE SAÚDE – A INFORMAÇÃO COMO
ELEMENTO EMANCIPATÓRIO E VOLITIVO E SUA REPERCUSSÃO
NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE SAÚDE PRIVADA..... 165

Angelica Lucia Carlini

EL IMPACTO DE LA BIOÉTICA EN EL DERECHO: UNA NUEVA
DISCUSIÓN SOBRE LA EUTANASIA 193

Armando Segundo Andruet

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

A edição número 34 da Revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* reúne resultados de pesquisas que primam pela construção do conhecimento e pelo compartilhamento de ideias científicas, cujo objetivo é contribuir para o progresso humano no mundo científico, tecnológico e cultural. Propõem-se os artigos aqui apresentados olhar para o mundo e descobrir o novo.

Essa edição conta com oito artigos, de autores brasileiros e estrangeiros, avaliados pelo sistema *Double Blind Peer Review*, pelo qual autores e avaliadores são desconhecidos entre si.

O artigo de Odete Maria de Oliveira e Helenice da Aparecida Dambrós Braun, com o título *A emergência do quarto mundo como ator global: a questão do indigenismo e da paradiplomacia indígena (1960-2000)*, dedica-se ao estudo da trajetória de atuação política de resistência dos Povos Indígenas no papel de ator não estatal global, desde origem e consolidação. Por sua vez, os pesquisadores Guilherme Camargo Massau e André Kabke Bairy, a partir da pesquisa intitulada *De Kant a Honneth: um ensaio sobre a liberdade e sua adequação Constitucional* realizam um comparativo entre Kant, Hegel, Rawls e Honneth acerca da temática da liberdade jurídica, a partir da análise comparativa quanto à mudança, ou não, da fundamentação teórica utilizada pelos referidos autores.

Na sequência, o artigo com o título *Meios adequados de solução de conflitos trabalhistas e a prevalência da vontade dos sujeitos da relação de emprego: compreendendo a dicotomia entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa de direitos trabalhistas* de autoria de Sergio Torres Teixeira e Delmiro Borges Cabral preocupa-se em abordar os meios de solução de conflitos fora do processo judicial contencioso da Justiça do Trabalho, como a arbitragem privada e a negociação extrajudicial direta entre empregado e empregador sob a ótica da autonomia da vontade das partes. A seu turno, a pesquisa científica de João Pedro Silvestrini, Zaiden Geraige Neto e Thiago Ribeiro Franco Vilela, intitulada de *A contribuição do Código de Defesa do consumidor na tutela de interesses individuais e coletivos* realiza uma análise sintética e sistemática das disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor, em sede de direitos individuais.

Johana Cabral e Ismael Francisco de Souza, com o artigo *A (re) produção da discriminação de gênero na atividade judicial: uma análise das decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos crimes de natureza sexual cometidos contra menores de 14 anos*, refletem acerca da reprodução da

discriminação de gênero na atividade judicial, considerando os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos crimes de natureza sexual cometidos contra menores de 14 anos, que consiste no crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal.

A contribuição de Matheus Pelegrino da Silva, com o artigo científico cujo título é *Schwierigkeiten Bei Einer an Kant Orientierten Auslegung der Würde des Menschen: Zugleich eine Kritische Betrachtung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Über die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG*, concentra-se no estudo da dignidade da pessoa humana a partir de Kant e da proibição da instrumentalização do sujeito. O artigo intitulado de *O dever de informar e o dever de se informar nos contratos de seguro de saúde – a informação como elemento emancipatório e volitivo e sua repercussão nas relações contratuais de saúde privada*, de autoria de *Angelica Lucia Carlini*, reflete sobre o cumprimento do dever de informação por parte das operadoras de saúde a partir do pressuposto teórico da racionalidade e do caráter emancipatório do Direito.

O oitavo artigo, de autoria de Armando Segundo Andruet, com o título *El impacto de la bioética en el derecho: una nueva discusión sobre la eutanasia* contribui na abordagem dos impactos da relação entre Bioética e Direito, em especial, no tocante à Eutanásia.

A Revista, por meio da sua edição de número 34, propõe reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, como forma de integração entre a democracia, cidadania e direitos humanos na busca por uma por uma sociedade mais justa e igualitária, prevalecendo critérios de racionalidade jurídica.

Registram-se agradecimentos aos autores, avaliadores e demais envolvidos na construção desse número pelo trabalho realizado.

Ótima leitura.

Profª Drª. Charlise Gimenez
Profª Drª. Janete Rosa Martins
Editoras

A EMERGÊNCIA DO QUARTO MUNDO COMO ATOR GLOBAL: A QUESTÃO DO INDIGENISMO E DA PARADIPLOMACIA INDÍGENA (1960-2000)

THE EMERGENCE OF THE FOURTH WORLD AS A GLOBAL ACTOR: THE ISSUE OF INDIGENISM AND INDIGENOUS PARADIPLOMACY (1960-2000)

Odete Maria de Oliveira¹ 

Helenice da Aparecida Dambrós Braun^{II} 

¹ Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ), Chapecó, SC, Brasil.
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ. (Doutora em Direito).
E-mail: odetedemaria@gmail.com

^{II} Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ), Chapecó, SC, Brasil. (Doutora em Direito).
E-mail: helenice.braun@trt12.jus.br

Sumário: Considerações iniciais. 1 Atores internacionais: elementos e fundamentações. 1.1 Anotações terminológicas e conceituais. 1.2 Critérios de classificações e tipologias. 2. O reconhecimento do quarto mundo como ator de resistência tribal. 2.1 Década de 60: marcos de antecedentes e origem. 2.2 Década de 70: surgimento de um novo ator. 2.3 Década de 80: reconhecimento do Quarto Mundo como ator político de resistência tribal. 2.4 Década de 90: Consolidação do Quarto Mundo como ator global de resistência tribal. Considerações finais. Referências.

Resumo: O estudo ocupa-se com a trajetória de atuação política de resistência dos Povos Indígenas, denominados Quarto Mundo, no papel de ator não estatal global, desde origem e consolidação. A estrutura divide-se em duas partes: questões iniciais teóricas de terminologia e conceito, classificação e tipologia dos atores internacionais, na sequência aborda o surgimento e consolidação do Quarto Mundo como ator global, mostrando elementos desse reconhecimento. A pesquisa utiliza o método dedutivo, categorias de análise de indigenismo e paradiplomacia indígena, tabelas ilustrativas, e cobre um período de 40 anos, 1960 a 2000, com atuações indígenas importantes das décadas de 70, 80 e 90, e antecedentes dos anos 60. Finalmente, conclui que os Povos Indígenas conquistaram o reconhecimento de Quarto Mundo como um ator global político de resistência tribal.

Palavras-chave: Ator Global. Indigenismo. Paradiplomacia Indígena. Povos Indígenas. Quarto Mundo.

Abstract: This study addresses the course of the political resistance of the Indigenous Peoples, denominated Fourth World, in their role as a non-state global actor from its origins to its consolidation. The article is divided into two parts: it addresses initial theoretical questions of terminology and concept, classification and the typology of international actors, then it focuses on the emergence and consolidation of the Fourth World as a global actor, showing elements of this recognition. The research uses the deductive method,

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.3111>

Autoras convidadas



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

categories of analysis of indigenism and indigenous paradiplomacy, illustrative tables and the coverage of a period of 40 years, from 1960 to 2000, with important indigenous collective action from the 70s, the 80s and the 90s, and background information of the 60s. Finally, it concludes that the Indigenous Peoples earned the recognition of the Fourth World and as a global actor of tribal political resistance.

Keywords: Global Actor. Indigenism. Indigenous Paradiplomacy. Indigenous Peoples. Fourth World.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo ocupa-se com a emergência de um ator global não estatal pouco conhecido, agregando-se à tipologia dos movimentos políticos de resistência – Povos Indígenas – dando origem ao denominado Quarto Mundo.

Utilizando o método dedutivo, técnica descritiva, fontes históricas, consulta de instrumentos internacionais, obras, artigos e sites da Internet, a dinâmica desta pesquisa concentra-se na realidade da luta dos Povos Indígenas, direcionada à proteção de suas próprias vidas, defesa dos direitos de suas nações indígenas, territórios naturais, terras e as riquezas nelas existentes, subtraídas por atores estatais e não estatais, quando violentados e dizimados, mortas e violentadas suas mulheres e filhas, desrespeitada a memória de seus ancestrais e a tradição de suas culturas, a sua forma livre e diferente de ser e de viver, dando origem aos movimentos tribais de resistência. Este artigo se ocupa com a atuação desses movimentos tribais políticos de resistência e seu papel de atores não estatais globais.

A orientação que norteia este estudo concentra-se em duas categorias de análise – o indigenismo e a paradiplomacia indígena – delimitando o seu objeto de conhecimento em torno da surpreendente trajetória de atuação política de resistência dos Povos Indígenas. Em um primeiro momento, buscando sua qualificação de ator emergente e, na sua evolução, a conquista do reconhecimento de agente global.

A pesquisa apresenta as seguintes perguntas de investigação: Que motivos teriam levado os Povos Indígenas dos diferentes continentes a conquistar tão incrível e difícil protagonismo político de resistência?

Durante muitos séculos os Povos Indígenas permaneceram invisíveis, vistos e classificados como nativos, sem Estado e governo, educação e religião, estereotipados como seres bárbaros, selvagens e primitivos pelos colonizadores e assim permaneceram no imaginário coletivo por séculos. Nesse sentido, indaga-se: Que causas teriam permitido o rompimento de tão pesados silêncios, quebrando os muros

de suas impostas ausências no cenário internacional, além dos dolorosos efeitos do descaso, marginalização e exclusão da sociedade e seus Estados?

A pesquisa abarca um período de 40 anos – 1960 a 2000 – compreendendo cronologicamente as décadas de 60, 70, 80 e 90 do século 20, espaço coberto por destacada sequência de elementos que ilustram as difíceis formas de atuações desses atores tribais, na efetivação de seus direitos e reconhecimento de seu verdadeiro papel de importantes personagens globais da sociedade contemporânea. A investigação fixou para o início de seus estudos a década de 60 do século 20, por se encontrarem ali antecedentes e causas da sua origem.

Tendo em vista a quantidade de elementos e dados manuseados por esta pesquisa e para melhor elucidar a compreensão da atuação desses atores, optou-se pela elaboração de tabelas, com a finalidade de ilustrar com mais objetividade e clareza sua trajetória evolutiva ao longo das décadas de 70, 80 e 90 do século 20, culminando com o reconhecimento do Quarto Mundo como agente político de resistência global. As tabelas encontram-se inseridas no final de cada tópico representativo dessas três décadas.

Destaca-se a obra de Joseba Iñaki Arregi Orue, *La Diplomacia Indígena en las Relaciones Internacionales 1992-2007*: pueblos indígenas como actores emergentes en las relaciones internacionales del siglo XXI, como base às fontes dessas tabelas. Buscou-se registrar elementos e dados de maior significância na evolução da trajetória de reconhecimento do Quarto Mundo como ator de resistência global.

Na elaboração deste estudo são tratados assuntos distintos, porém correlatos entre si. Primeiramente, apresentadas abordagens teóricas sobre os atores internacionais, focalizando a questão terminológica e conceitual, classificação e tipologia, com o objetivo de esclarecimentos aos leitores e de alicerce ao inusitado edifício construído na segunda parte deste ensaio: mais especificamente na análise da atuação e do papel dos Povos Indígenas ao seu reconhecimento de ator global político de resistência tribal, denominado Quarto Mundo.

Para melhor compreensão da metodologia usada nesta pesquisa, importa esclarecer o sentido de certas noções e a forma pela qual são entendidas neste texto. A categoria Quarto Mundo compreende terminologia original, com a qual é apresentado o movimento indígena internacional em sua totalidade. Sendo sinônimo de Povos Indígenas, ambos são usados com o mesmo sentido. Os movimentos dos Povos Indígenas ao redor do mundo motivaram a formação do denominado Quarto Mundo e sua emergência surgiu como proposta de necessidade prática: ser constituída forte política de resistência indigenista internacional.

Orue apresenta o Quarto Mundo como “ator político coletivo emergente na política internacional contemporânea, conformado por nações sem Estados, que lutam por redefinir esse *status* e a relação *vis a vis* com os Estados e o seu lugar junto à sociedade internacional” (ORUE, 2011, p. 11), observando a noção de Povos Indígenas como construção social e que constitui categoria reconhecida pelo Direito Internacional e pelo cenário político internacional. Trata de algo novo, congregando os movimentos de resistência dos cinco continentes, originando o Quarto Mundo.

A categoria indigenismo – entendida como doutrina que objetiva a defesa e a valorização dos Povos Indígenas, opõe-se à situação de segregação e dizimação a qual foram forçados. Este estudo abraça noção mais abrangente de indigenismo, entendendo-o como corrente de pensamento cultural, político, social e antropológico, voltado ao estudo, investigação, defesa, proteção e valorização das memórias ancestrais e tradições indígenas, questionando os mecanismos de discriminação e de etnocentrismo a que estão expostos os Povos Indígenas. Aborda-se a sua vertente política, orientada em torno das lutas e dificuldades, conquistas e importantes reivindicações indigenistas.

A categoria paradiplomacia indígena – é entendida de forma ampla, por revestir-se com características empíricas e se concentrar em torno de fenômenos fáticos, ilustrados pela atuação do Quarto Mundo e seus relevantes efeitos práticos, direcionados em torno de uma expressão maior e bem diferenciada – a política de resistência tribal – buscando a proteção da própria vida dos Povos Indígenas e a defesa dos territórios naturais de seus ancestrais, terras e riquezas nelas existentes e sua secular tradição cultural.

Logo, não se abraça o conceito tradicional e já institucionalizado de paradiplomacia, desenhado pela satisfação dos próprios interesses dos governos não centrais na realização de seus objetivos por si mesmos, independente da vontade ou permissão de seus Estados omissos.

A paradiplomacia indígena foi sendo construída dentro de contexto novo, dos tempos presentes da realidade do século 21 – aqui e agora – mediante interações formais e informais, espontâneas ou até provisórias, objetivando politicamente obter seus resultados por meio de movimentos tribais de resistência no âmbito da sociedade global.

A paradiplomacia – denominada microdiplomacia e protodiplomacia, surgida em 1980, traduzida com o sentido de algo paralelo ou associado, acessório ou subsidiário, é aqui entendida como fenômeno político e social de inserção internacional. Neste texto compreende a ação internacional dos movimentos indígenas como atores de resistência,

independentes e livres do protagonismo, interferência e ingerência, domínio dos atores estatais e não estatais, no sentido de agir em função de seus próprios interesses, por meio de sua capacidade, habilidade e poder de influenciar decisões da sociedade contemporânea.

Nessa categoria – vista como diplomacia de várias vias ou de múltiplas camadas – segundo Cavalcanti (2018), encontram-se atores não estatais, como as organizações não estatais, *lobbies*, corporações transnacionais, associações civis, missões e comunidades religiosas, movimentos sociais.

Categoria global – encontra-se ligada à sociedade contemporânea e ao fenômeno de globalização econômica nela emergente, com vigência a partir da segunda metade do século 20, refletindo suas transformações interdependentes e de ampla dimensão transnacional.

A noção global, segundo Oliveira (2015, p. 15-42) teoriza o mundo como uma unidade, uma globalidade, traduzindo-se pela ideia de globo, do que é tomado em forma de inteiro. Neste texto, é usada não só no sentido de grande expansão geográfica alcançada pelos movimentos tribais de resistência dos cinco continentes, mas em razão de sua natureza funcional, conjugando objetivos comuns de proteção à vida dos Povos Indígenas e defesa de seus territórios naturais, envolvendo grande multiplicidade de fluxos transnacionais em rede de redes tribais.

Enfim, observa-se, que o tema tratado neste estudo é pouco discutido pela Academia brasileira, apesar de sua envolvente e impactante importância: a marginalização e a exclusão de nossos esquecidos Povos Indígenas do Mundo, dando origem a uma persistente e dura luta secular, em busca da efetivação de seus jamais reconhecidos direitos e da redefinição do seu desconsiderado *status* político – a nação indígena, o seu governo, a sua governança – o reconhecimento de sua atuação no papel de ator político global de resistência tribal.

1 ATORES INTERNACIONAIS: ELEMENTOS E FUNDAMENTAÇÕES

1.1 Anotações terminológicas e conceituais

Nos cenários do grande palco da sociedade contemporânea, em suas mais diversas e diferentes cenas atua uma multiplicidade de atores internacionais, ali participam, interpretam e desempenham seus papéis, relacionando-se e se influenciando mutuamente, por meio de ações pacíficas de cooperação e integração ou de conflito e violência, formando

um todo relacional muito singular conhecido por relações internacionais contemporâneas.

Em momento preambular importa indagar: O que se entende por ator internacional? Existe um conceito? Anota Oliveira (2011, p. 23-82), que o termo ator, derivado do Latim – *actore* – se traduz por agente do ato. No âmbito das Relações Internacionais significa o protagonista do ato internacional, aquele que participa dos seus fluxos, desempenha papéis definidos, atua em cenários e interpreta cenas de dimensão dinâmica do grande palco da sociedade internacional.

Em sua abrangência terminológica, segundo Oliveira, a noção de agente internacional encontra-se ligada às concepções de interações, relacionamentos, fluxos, papéis e atuações dos atores. Enfim, de suas influências de poder entre os demais atores e decisões da sociedade internacional (OLIVEIRA, 2011, p. 28-29).

Contemporaneamente – na realidade dos fluxos internacionais – a noção terminológica de *actore* se amplia, passando a abarcar universo mais alargado, compreendendo não apenas agentes consolidados nessa qualificação, aqueles que apresentam continuidade de atuação efetiva, desempenham papéis definidos e importantes, participando significativamente de interações no âmbito das relações sociais internacionais – mas igualmente aqueles denominados emergentes, que estão surgindo e evoluindo, buscando concretizar os seus objetivos.

Para serem reconhecidos como atores internacionais devem apresentar definitivos requisitos. Além de habilidade e autonomia para tanto, demonstrar capacidade de influência nas decisões do sistema internacional. Nem todo grupo, entidade, organização, indivíduo poderá ser considerado agente internacional, deverá ostentar reconhecida essa qualidade (OLIVEIRA, 2014, p. 33-132).

De acordo com esse entendimento, certas determinantes são exigidas à noção de ator, como a habilidade em cumprir funções e objetivos, desenvolver papéis, atuar com independência. O seu reconhecimento dependerá de sua capacidade e habilidade, autonomia entre os demais agentes, e poder de influência nas tomadas de decisões das questões em jogo junto à sociedade internacional.

A autora espanhola Esther Barbé (1995, p. 117) fixou-se nessas acepções para construir o seu conceito sobre esse fenômeno e adotado neste estudo, concebendo o ator internacional “como aquela unidade do sistema internacional (entidade, grupo, indivíduo) que tem habilidade para mobilizar recursos que lhe permitam alcançar seus objetivos e capacidade para exercer influência sobre outros atores do sistema e que apresenta de certa autonomia.” Desse conceito se extrai que a lógica de reconhecimento

de um ator internacional se concentra em certas e distintas condições: habilidade, capacidade, autonomia e poder de influência nas decisões da sociedade internacional (BARBÉ, 1995).

Segundo outras concepções, reforçando o entendimento de Barbé, o reconhecimento de qualificação de um agente do ato internacional somente será atingido quando adquirir protagonismo e desenvolver papel ativo e permanente, importante e dinâmico e então considerado parte da própria sociedade internacional.

No viés de unidade, atuação, decisão, dinamismo e sociedade internacional desenvolveu-se o seguinte conceito por Caldach Cervera (1991): “Todo grupo social que, considerado como uma unidade de decisão e atuação, participa eficaz e significativamente daquelas relações definidas previamente como fundamentais à estruturação e dinâmica de uma determinada sociedade internacional.”

A realidade internacional encontra-se permeada por diversificada multiplicidade de atores, entre eles, grupos, organizações, entidades, indivíduos, compreendendo um rol de diferentes agentes – integrados ou agregados – relacionando-se entre si de forma complexa, às vezes turbulenta, como fosse um emaranhado de inúmeros fios formando intrincada teia – a teia da vida da sociedade contemporânea global – existindo uma conexão de fluxos entre eles – interações pacíficas ou violentas, resultando transformações e desintegrações, provocando vínculos diferenciados e, dessa forma, motivando parâmetros de classificação e de tipologia.

1.2 Critérios de classificação e tipologia

Muitos dos diversificados atores internacionais, por suas origens, organizações e funções pertencem à classificação dos agentes integrados – portadores de estabilidade e autonomia – como os Estados, as organizações internacionais e supranacionais, organizações não governamentais globais, corporações transnacionais, já outros correspondem à categoria de agentes agregados – fragmentados e dependentes – como os sindicatos, indivíduos e algumas organizações não governamentais. Esse fenômeno de integração e de agregação não constitui situação permanente e invariável, mas processos dinâmicos e, por isso, sofrem alterações de aceleração ou de retardamento, como afirma Merle (1982).

Abordando-se a questão dos atores internacionais – sob o prisma de estudos epistemológicos da disciplina das Relações Internacionais em que se encontram inseridos – depreendem-se certas limitações, o que e por si só motiva certa relativização na apresentação de classificações. Para dirimir tais deficiências são usados certos critérios, entre eles, anotando-se os de natureza territorial, funcional e de autonomia.

Enquanto o critério territorial refere-se à existência e vinculação direta dos atores na ocupação, domínio e delimitação de um determinado espaço geográfico, no exemplo dos Estados como os mais importantes agentes territoriais, já o critério funcional decorre da capacidade e eficiência com que os agentes deverão apresentar-se no desempenho de seus papéis e funções básicas junto à sociedade internacional, independentemente do âmbito espacial no qual serão realizadas. Estão nessa classificação os organismos internacionais, organizações não governamentais, empresas transnacionais, entre outros. O critério do grau de autonomia liga-se às perspectivas de coesão interna de cada ator e sua autonomia operativa externa. Trata-se da capacidade de decisão e atuação dos atores, sem interferência ou mediação dos outros agentes. Refere-se à estabilidade dos vínculos entre as prioridades de seus interesses, capacidade e habilidade para executar suas próprias decisões, como anotado por Philippe Braillard (1990).

Nas asserções de Truyol y Serra (1973), o conceito de ator internacional está fortemente relacionado ao fenômeno do universo dos atores, à história do surgimento dessa multiplicidade de personagens, sua natureza e função, diferenciadas atuações e seus papéis e, ainda, à evolução da própria realidade da sociedade internacional. Há de se fazer abordagem direcionada ao protagonismo entre aqueles mais antigos, novos e aos emergentes, o que motiva dificuldades na construção conceitual e dificulta possíveis parâmetros de classificações.

A tipologia dos atores internacionais apresenta critérios estruturados em diferentes parâmetros. Por primeiro, aponta-se a orientação clássica de Merle (1981), reconhecida histórica, dividida em três grupos: os Estados, as organizações internacionais e as forças transnacionais. Na sequência, a transnacionalista Mansbach (1981), além dos três tipos merleanos, agregando mais três novas categorias – os governos não centrais, os indivíduos, os entes intraestatais não governamentais, abrangendo os grupos privados e de interesse econômico, partidos políticos, sindicatos, organizações filantrópicas.

Ao lado dessas classificações seguem outras, despontando a de Moreira (1996), fixando um conjunto de solidariedades internacionais – religiosas, humanitárias, profissionais, científicas, acadêmicas, políticas – conhecidas como forças transnacionais. Olsson (2007) chama a atenção para o critério que anota a presença das redes de coalizões transnacionais e as redes transgovernamentais, desvinculadas dos Estados, defendendo suas próprias agendas de forma independente das decisões estatais. Nessa direção anotam-se as contribuições de Margaret P. Karms e Karen A. Mingst sobre atuações de cientistas e especialistas que participam de espaços globais, como os conferencistas, integrando cenários internacionais

ou redes transnacionais e propondo soluções para problemas em escala global.

O presente estudo encontra embasamento teórico nos critérios do parâmetro eclético concebido por Oliveira (2011), que leva em consideração os fluxos virtuais dos atores internacionais, constituindo-se em rede de redes – Revolução Tecnológica Informacional – culminando o tipo de ator-rede e cenário-rede.

Essa tipologia configura-se na modalidade dos agentes tradicionais, compreendendo os Estados e seus desmembramentos; os novos atores, assim denominados porque reconhecidos de atuação permanente, abrangendo as organizações internacionais, organizações não governamentais e as empresas transnacionais e, finalmente, os atores emergentes, representantes dos tempos contemporâneos, exercendo papéis os mais diversificados possíveis, abarcando um múltiplo universo de atuações, contemplando aqueles a emergir potencialmente, constituindo verdadeiro pluralismo, uma multiplicidade de distintos e diferentes atores.

Para Oliveira, são exemplos desse parâmetro emergente, em que se encontra também inserido o Quarto Mundo, entre outros: os movimentos sociais, os movimentos sociais globais, grupos sociais e grupos privados, indivíduos, opinião pública, sindicatos, universidades, partidos políticos, igrejas, associações religiosas, movimentos de libertação nacional, mídia, organizações do crime organizado, organizações terroristas, gênero, redes transnacionais e coalizões transnacionais, poderes erráticos.

Outra tipologia que importa ao objeto de conhecimento deste estudo – Povos Indígenas denominados Quarto Mundo – diz respeito à classificação binária de Taylor (1984), que estabelece a divisão de apenas dois grandes grupos – os atores estatais e os atores não estatais. Conforme Taylor, frente à multiplicidade desses personagens e sua crescente evolução torna-se mais fácil dividi-los assim do que enumerá-los por meio de exaustivas e incompletas listas.

Em síntese, no universo fático da sociedade internacional são múltiplos e inúmeros os atores estatais e não estatais, todos atuando nos cenários e cenas no palco da vida contemporânea. Uns mobilizam-se de modo integrado e outros de forma agregada. Os primeiros apresentam natureza de permanência e reconhecido poder de influência de decisão – atores tradicionais e novos atores – enquanto entre os emergentes, há aqueles que quase sempre se conduzem em busca de atuação permanente e aqueles que se apresentam de forma ocasional e, às vezes, até efêmera, desconhecendo vínculos de centralidade. Ainda, há aqueles, que apenas ostentam e ensaiam um mero caráter potencial.

Apresentado esse panorama teórico sobre os atores internacionais, adentra-se no tema central deste ensaio, ocupando-se com a questão da intensa luta dos Povos Indígenas em favor da efetivação dos seus direitos, uma trajetória de impactante atuação no reconhecimento do Quarto Mundo como autêntico ator global, mediado pelo extraordinário empenho da paradiplomacia indígena e pelos movimentos políticos de resistência tribal.

2 RECONHECIMENTO DO QUARTO MUNDO COMO ATOR DE RESISTÊNCIA TRIBAL

2.1 Década de 60: marcos de antecedentes e origem

Com antecedentes e origem ainda pouco conhecidos e assinalados na década 60 do século 20, escrituraram-se ensaios da gênese de um singular ator não estatal – o movimento político de resistência – constituído por Povos Indígenas ao redor do mundo, denominados Quarto Mundo.

Qual seria a origem central desse inusitado ator? Entre outras variáveis, encontra-se aquela ligada aos dinâmicos intentos da colonização. Um dos fenômenos dominantes dessa época, com os seus ideais de promover monumentais processos de desenvolvimento, momento em que o mundo encontrava-se cercado por mirabolantes megaprojetos desenvolvimentistas, localizados nas mais diferentes regiões e distantes territórios do planeta.

Tais projetos buscavam saciar desejos pujantes de obter o máximo lucro pela exploração econômica de menor custo, usando de todo os meios então imaginados, chegando ao extremo de se fazer extinguir os próprios direitos dos Povos Indígenas, com a finalidade de usufruir o controle de suas terras e subtrair delas as suas magnas riquezas (DELGADO, 1996).

Nessa trajetória tresloucada, segundo Orue (2011, p. 51), até os últimos e remotos territórios ainda livres do planeta começaram a ser explorados. Na continuidade, podia-se observar que o subsequente processo de descolonização, dando origem a emergentes Estados nação, compartilhavam do mesmo e desenfreado ideal desenvolvimentista na sua busca de extraordinárias riquezas. Tal obsessão se fez acompanhar por inúmeros casos de genocídio vitimando e dizimando inúmeros Povos Indígenas. Um estudo clássico desse lamentável extermínio encontra-se na obra de Francisco de Vitória, *Os Índios e o Direito da Guerra* (2006).

De acordo com Brysk (2009), essa odiosa situação de extermínio e sofrimento dos Povos Indígenas passou a sensibilizar várias Organizações não Governamentais (ONGs) em defesa dos direitos indigenistas,

motivando o surgimento de movimentos, de denúncias de grupos de antropólogos, sociólogos e de outros críticos, contando ainda com mobilizações religiosas.

Nesse desenfreado contexto dos anos 60, os Povos Indígenas passaram a ser considerados um grave problema à pretensão de serem obtidas excepcionais riquezas e exorbitantes lucros sobre suas terras. Então, os direitos indígenas passaram a ser tratados como assuntos internos e de exclusiva competência dos nascentes Estados, motivando o surgimento de movimentos em âmbitos locais, nacionais e regionais, não atingindo protagonismo internacional nesse período.

Afirma Orue (2011, p. 52) que a década de 60 ficou conhecida como um período de total ausência de representação indígena no âmbito internacional. Na sequência dos anos 70 e 80 novo cenário mudou radicalmente essa realidade de exclusão. Nessas duas décadas de intensa atuação, os Povos Indígenas foram reconhecidos como atores internacionais emergentes e durante os anos 90 fortaleceram-se e se consolidaram como atores políticos de resistência tribal em âmbito global, ao se empenharem eficazmente na criação de uma rede transnacional de movimentos indígenas.

Observando-se esse singular e incrível horizonte internacional de lutas, transformações e conquistas dos Povos Indígenas, indaga-se: Que fatores teriam proporcionando tão profunda e rápida mudança? O que teria levado o Quarto Mundo a ser reconhecido como ator global?

Um conjunto de variáveis contribuiu na concretização desse difícil resultado. Entre elas, citam-se o acesso dos Povos Indígenas ao âmbito internacional, somando-se medidas de regulamentação, instrumentos de proteção, fóruns de discussões, assinaturas de tratados, convenções e declarações como explicado por Braun (2017), além de um considerável apoio da Organização das Nações Unidas (ONU) e de outras Organizações não Governamentais e, finalmente, o surgimento da alavanca de muito força – a paradiplomacia indigenista – o movimento pan-indígena mundial de política de resistência tribal e a criação dos próprios direitos humanos dos Povos Indígenas, em especial, conforme Oliveira (2016, p. 39-86), o dinamismo da rede transnacional de movimentos integrantes do Quarto Mundo, fatores de condução ao incontestável reconhecimento de sua qualificação de ator global das Relações Internacionais.

A reiterada luta dos movimentos indígenas em busca do reconhecimento de direitos, intentada por meio de atuações, participações, representações e discussões em evolutivos conclave internacionais, atestam a certeza, tanto da capacidade quanto da habilidade dos Povos Indígenas, na sua atuação e papel de atores não estatais, somando-se o

reconhecimento dessa qualidade pelo protagonismo de influência entre os demais agentes e junto à sociedade contemporânea, de acordo com as determinantes aqui adotadas, da concepção de Barbé (1995, p. 117).

2.2 Década de 70: surgimento de um novo ator emergente

A abertura oficial de conquista dos Povos Indígenas – no papel de emergente ator político de resistência tribal – iniciou com a Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, conhecida como Conferência de Estocolmo, ocorrida entre os dias 5 e 16 de junho de 1972, na Suécia, participando 113 Estados e 400 organizações internacionais e não governamentais, patrocinada ONU, abordando o uso dos recursos naturais não renováveis, manifestando-se contra o desenvolvimento sem limites e a qualquer custo. Desse conclave resultou a Declaração de Estocolmo, contando com 26 princípios. Essa abertura foi antecedida por outros eventos iniciados em 1971, focalizados na sequência deste tópico.

Esse primeiro evento tentou preservar o meio ambiente contra o grave problema de sua exploração ilimitada e a destruição da natureza. Contou com a presença de dez representantes – líderes indígenas – portadores de grande esperança – a certeza de obter apoio às lutas de seus direitos junto aos descolonizados Estados. Infelizmente, perceberam que essas recentes unidades estatais encontravam-se comprometidas com interesses de soberania, força e poder.

Essa tentativa inicial – frustrante e decepcionante – mostrou-se importante para os Povos Indígenas. O seu discurso indigenista sobre valores naturais e primitivos da mãe-Terra, do sagrado, do manancial de alquimia de seus ancestrais, do alerta sobre a premente necessidade do mundo – todos devem obrigatoriamente respeitar a natureza – foi duramente ridicularizado pelos governantes dos novos Estados (ORUE, 2011, p. 51).

Esse encontro frontal e definitivo os conscientizou sobre a verdadeira e diferente realidade que os excluía e que com eles conviveria, o que provocou o surgimento de uma rebelião coletiva silenciosa, começando a se materializar em diversos movimentos políticos de resistência tribal, tornando-se sumamente importantes e conhecidos como os movimentos históricos e ensejadores de um novo e emergente ator denominado Quarto Mundo (ORUE, 2011, p. 52).

A tão pesada experiência vivida pelos líderes indígenas durante a Conferência de 1972 foi motivo do amadurecimento de uma fundamental ideia – a crucial necessidade de constituição de um grande movimento indigenista em âmbito mundial, emergindo então o Quarto Mundo. Tal ideia foi evoluindo na forma coletiva de um significativo movimento

constituído por distintos Povos Indígenas, que atuavam na periferia do denominado centro da civilização, resultado de reiterados e importantes contatos internacionais entre os inúmeros líderes indígenas de todo o mundo e que, aos poucos, passou a apresentar contornos de uma impactante consciência coletiva, transformando-se, para constituir-se em consistente movimento político de resistência tribal, originando o Quarto Mundo.

Na continuidade da Conferência de Estocolmo, o movimento ganhou mais força com os importantes Acordos de Helsinki, firmados em 1975, versando sobre a segurança e a cooperação. Esses Acordos se mostraram diferentes da Conferência de 1972, ocasião em que os dez líderes indígenas foram ridicularizados em seus discursos de enlevo espiritual e respeito à mãe-natureza ou na aceção de Morin e Kern: *a Terra-Mãe* (MORIN, 1995). Os Acordos de Helsinki foram assim denominados, porque resultantes de reuniões ocorridas nos dias 3 de julho de 1973 e dias 30 de julho. No dia 1º de agosto de 1975, o Acordo final foi firmado na Finlândia, por 37 Estados, resultando a Ata de Helsinki, conhecida como a Declaração de Helsinki (ORUE, 2011, p. 53).

Desse modo, o emergente Quarto Mundo ia constituindo-se. De um lado, como o resultado de contatos internacionais de líderes de diversos Povos Indígenas, ensejando a denominada paradiplomacia indígena. De outro, reforçado pela formação da própria consciência coletiva indigenista, motivada pelas lamentáveis experiências coloniais sofridas no entorno do mundo onde viviam, passando a configurar um marco étnico fundamental, conformado pela atuação desses povos em dinâmico movimento internacional político de resistência tribal.

A emergência do Quarto Mundo coincidiu com os Acordos de Helsinki de 1975, dando ênfase aos problemas derivados de relações econômicas, direitos humanos, padrões de condutas internacionais e questões de segurança e cooperação. Reconhecia-se, desde o início, a importância fundamental desses instrumentos. Apesar de não se revestirem propriamente de obrigações formais de um tratado, traduziam considerável peso moral, além de prever a criação de novo marco destinado à ação coletiva dos Povos Indígenas, gerando a eles oportunidades de participação, como se fosse um sistema de monitoramento internacional revelador de ensejos favoráveis e de possibilidades até então desconhecidas por esses Povos Indígenas.

A década de 70 retrata distintas lutas de libertação indígena. Uma delas encontra-se no colonialismo e no sofrimento por ele imposto aos Povos Indígenas e demais minorias em todo o mundo, quando o direito sobre os seus territórios passou a se converter em um dos temas centrais dos movimentos indigenistas nos Estados Unidos, Canadá, Austrália,

Chile, México e Paraguai, entre outros, dando origem a um período de ativismo em diferentes níveis (ORUE, 2011, p. 54).

Em 1971, indígenas das Américas iniciaram a formação de alianças nacionais e internacionais, unindo-se em uma só voz contra as políticas que ignoravam os direitos sobre suas terras e ameaçavam suas sobrevivências. Então começaram a enfrentar o Banco Mundial, governos e outras instituições responsáveis pelas violações de seus direitos (ORUE, 2011, p. 53).

Em resumo, o estreito vínculo dos indígenas com o sagrado, a natureza e seus territórios ancestrais, então usurpados e ocupados, as graves denúncias das diversificadas violações sofridas no período do colonialismo – genocídio, etnocídio, ecocídio – entre outras, converteram-se em lutas de confronto e resistência dos Povos Indígenas nos anos 70.

A década de 70 mostrou-se decisiva nessa trajetória de conquistas graduais. Em 1971, os Povos Indígenas passaram a contar com interessante rede de auxílio e cooperação internacional, reforçando a atuação e o papel do Quarto Mundo como reconhecido ator emergente, contando com diversos tipos de apoios, entre eles, da Organização das Nações Unidas, ao determinar a realização de relatório especial sobre a situação dos Povos Indígenas no mundo. A iniciativa do Congresso Mundial das Igrejas convocou reunião de especialistas – antropólogos, sociólogos, religiosos – para discutir a questão indigenista. Nessa reunião surgiu a Declaração de Barbados I, de 1971, servindo de divisor de águas entre os relacionamentos dos indígenas e dos não indígenas e o papel dos Estados (BRAUN, 2017, p. 139).

Nesse difícil caminho de libertação dos Povos Indígenas, a Declaração de Barbados motivou o apoio de círculos acadêmicos da Europa e dos Estados Unidos, obtendo eco junto às igrejas e ONGs especializadas, ao seu reconhecimento como atores emergentes de resistência. Trata-se de documento importantíssimo. A Declaração que assinala o marco de desenvolvimento do movimento indígena internacional, que buscou defender a questão de um autogoverno indígena e a necessidade de ser respeitada a sua própria voz, reconhecendo que são eles os verdadeiros protagonistas de sua libertação e da conquista de seu espaço junto ao cenário internacional, fazendo revisão crítica dos papéis e das ações dos Estados, Igrejas e da Ciência, além de redefinir os objetivos e a forma como as redes de ONGs internacionais devem apoiar os indígenas, reforçar a marcha do processo do Quarto Mundo e seu objeto indigenista de salvaguarda de seus direitos (DECLARAÇÃO DE BARBADOS I).

Nessa década de 70, em 1972, registrou-se o marco da criação de organizações não indígenas, como o *Survival International: The Movement for*

Tribal Peoples,¹ *Cultural Survival*,² e o *International Working Group for Indigenous Affaire*, que tanto impulsionaram como reforçaram a tese da paradiplomacia indígena, além de favorecer o conhecimento de sua agenda entre os políticos, acadêmicos e a opinião pública nacional e internacional. Essa interação entre os indígenas e não indígenas tornou possível a conexão com a agenda global, mostrando como o Quarto Mundo se rebelava contra o estatocentrismo, o cientificismo e o desenvolvimentismo, desenhos próprios das estruturas da globalização depredadora, segundo Falk (2002) e do paradigma neoliberal dominante, na visão da pesquisadora Oliveira (2005).

Em suma, entre os impulsos de poio em favor dos Povos Indígenas e da consolidação do Quarto Mundo com possível ator emergente, encontravam-se medidas de normatização, convenção, declaração, nos exemplos da Conferência de 1972, em Estocolmo, dos Acordos de 1975, em Helsinki, da Declaração de 1971, em Barbados, somando-se as fundamentais contribuições da ONU, Conselho Mundial das Igrejas, ONGs especializadas, organizações não indígenas e ainda o estímulo de personalidades de grande destaque que abraçavam a causa indigenista com muita seriedade e dinamismo.

Entre os reiterados impulsos de personalidades que se dedicaram ao movimento indígena internacional, cita-se o escultor Jimmie Durham, sua esposa trabalhava no Conselho Mundial das Igrejas e, por isso, passou a viver entre os anos de 60 e 70 em Genebra, período de grande efervescência dos movimentos de libertação nacional em vários continentes. Em contato com líderes indígenas, os convenceu de constituir

1 Trata-se de Organização não Governamental Internacional de Direitos dos Nativos, que objetiva defender os Povos Indígenas ao redor do mundo, ajudando a proteger suas vidas, suas terras e recursos e a determinar o seu próprio futuro. Foi fundada em 1969, por um grupo de indivíduos indignados com o genocídio que avançava contra os Povos Indígenas, submetendo-os à violência e à escravidão em nome do desenvolvimento e da civilização. Conta com o apoio de mais de 100 países e mantém escritórios em Londres, Madri, Paris, Milão, Berlim e São Francisco, tendo recebido o Prêmio Nobel Alternativo em 1989. Ver: <https://www.survivalinternational.org/info>. Acesso em: 7 abr. 2018.

2 Trata-se de Organização não Governamental fundada por David Maybury-Lewis e sua esposa, em 1972, localizada em Cambridge-Massachusetts, nos Estados Unidos, constituindo um movimento de um grupo de líderes indígenas trabalhando em comunidades indígenas em diversos continentes, como a Ásia, África, Austrália e nas Américas do Norte e do Sul, objetivando defender os direitos humanos dos indígenas. Nesse sentido, tornou-se a principal ONG americana a defender esses direitos dos Povos Indígenas em todo o mundo, buscando aumentar a compreensão global em nosso planeta sobre os direitos culturais dos indígenas. Essa conscientização também ocorre por meio da revista *The Cultural Survival Quarterly*, cujos articulistas são indígenas ou profissionais estreitamente ligados aos Povos Indígenas. Disponível em: <https://www.culturalsurvival.org/about>. Acesso em: 7 abr. 2018.

o Conselho Internacional de Tratados Indígenas (*International Indian Treaty Council – IITC*),³ reforçando o projeto da paradiplomacia indígena.

Entre esses impulsos do nascente ator emergente, Quarto Mundo, registra-se o surgimento de um grande líder indígena canadense – George Manuel – apontado como o seu magno inspirador. Contava com longa vivência política de dirigente da Irmandade Nacional do Índio do Canadá (*National Indian Brotherhood of Canada*),⁴ experiências de suas viagens como membro de delegações governamentais, contatos mantidos com organizações indígenas de vários países e líderes do Terceiro Mundo, acadêmicos e ativistas em âmbito mundial.

Em 1973, participou da Conferência dos Povos do Ártico, celebrada em Copenhague. Vários líderes indígenas internacionais ali se reuniram para analisar as consequências da colonização das terras da periferia – seus próprios territórios ancestrais – quando o mundo vivenciava efeitos da conhecida crise mundial do petróleo.

A Conferência de 1973 é considerada o marco de partida do movimento indígena internacional contemporâneo. Nesse conclave foi tomada a decisão de organizar uma conferência mundial sobre assuntos indígenas pelos próprios Povos Indígenas e, na continuidade, em 1974, George Manuel lançou a proposta de criação do Quarto Mundo, mantendo contatos com organizações de outros continentes (ORUE, 2011, p. 56).

A Conferência Mundial dos Povos Indígenas realizou-se em 1975, em Port Albert, com a presença de representantes governamentais e da

3 O Conselho Internacional de Tratados Indígenas constitui uma organização de Povos Indígenas das Américas do Norte, Central e do Sul, do Caribe e Pacífico, que busca a autodeterminação indígena e o reconhecimento de seus direitos, tradições culturais, memórias de seus antepassados e de suas terras sagradas. Foi constituído em 1974 e, em 1977, a ONU reconheceu seu *status* consultivo junto ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, sendo a primeira organização indígena a receber o reconhecimento desse *status*. Entre o registro de suas pessoas notáveis, encontra-se o nome de Jimmie Durham. Disponível em: <https://www.iitc.org/about-iitc/>. Acesso em: 07 abr. 2018.

4 Na América do Norte, a formação de organizações políticas entre os Povos Indígenas, historicamente constitui um processo de séculos. Há registros de que foi criado em Quebec, a partir de 1920, um dos mais importantes conselhos desses povos. O caso citado neste texto, *National Indian Brotherhood of Canada*, traduzido como A Irmandade Nacional do Índio do Canadá, foi constituída de várias organizações regionais que juntas representaram as Primeiras Nações no Canadá e, em 1980, foi substituída pela Assembleia das Primeiras Nações, hoje uma organização política. São seus objetivos: proteger e promover os direitos e interesses indígenas das Primeiras Nações do Canadá, incluindo saúde, educação, cultura e língua. Disponível em: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/national-indian-brotherhood/>. Acesso em: 26 mai. 2018. Em 1971 ocorreu a Primeira Conferência das Mulheres Nativas e, em 1974, as Nações Unidas reconheceram a importância da citada organização: A Irmandade Nacional do Índio do Canadá. Disponível em: <http://www.thefreedictionary.com/National+Indian+Brotherhood+of+Canada>. Acesso em: 7 abr. 2018.

imprensa, abordando a representação indígena junto a ONU, a Carta de Constituição do Conselho Mundial dos Povos Indígenas, questões sobre a justiça política, social e econômica dos indígenas, a retenção e o uso de seus territórios e recursos naturais, e o não reconhecimento da identidade cultural. De acordo com Motta (2018), “A população indígena mundial vive em zonas que contêm 60% dos recursos naturais (petróleo e minerais) do planeta e, por isso, motivam mais conflitos sobre as riquezas e domínios de suas terras pelas indústrias e pelo turismo. Das propostas apresentadas nesse evento e em outros encontros entre os líderes dos Povos Indígenas, surgiu a primeira organização internacional pan-indígena: o Congresso Mundial dos Povos Indígenas (CMPI).

Como resultado do evento, indígenas de todo o mundo identificaram-se com o pan-indigenismo e com a definição do Quarto Mundo como verdadeira identidade pan-indigenista. Nascia ali o marco da paradiplomacia, destinada a negociar com os governos, sistema de nações e instituições, melhorias de condições econômicas, sociais e culturais dos Povos Indígenas.

Os anos finais da década de 70 foram significativos para os Povos Indígenas, abrindo-se novos e diferentes espaços. Em 1977, por exemplo, no Sistema das Nações Unidas, o CMPI e o IITC receberam o *status* consultivo no âmbito do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), o que permitia as suas participações junto a essa organização (ORUE, 2011, p. 58).

Em 1977, pela primeira vez, Povos Indígenas participaram de um fórum organizado por ONGs, discutindo os seus direitos no Sistema das Nações Unidas, defendendo a preservação do meio ambiente como direitos humanos. Nesse ano participaram da Conferência de Barbados II e, em 1978, da Conferência Mundial Contra o Racismo e a Xenofobia, ali oficializando o uso da denominação de Povos Indígenas e o reconhecimento de seus territórios, terras e recursos.

Em 1979 foi iniciado um trabalho contra as grandes organizações financeiras e empresas transnacionais responsáveis pelos megaprojetos em busca de extraordinários lucros e riquezas, cobiçando e invadindo as terras dos Povos Indígenas e as riquezas nelas existentes (ORUE, 2011, p. 60).

Em suma, durante o período final da década de 70 predominou o discurso ativista de denúncias às graves violências aos direitos humanos indígenas, destruição de seu ecossistema e Povos Indígenas como um todo e a firme vontade de firmar-se como nações indígenas livres.

A participação dos Povos Indígenas nos eventos internacionais permitiu fortalecer os seus discursos políticos e demandar aos Estados o respeito aos seus direitos: a autodeterminação indígena, viver como

seres singulares, realizar o seu desenvolvimento como povos diferentes e, segundo os seus próprios desejos, o reconhecimento de serem os protagonistas de seus destinos.

Após essa dura luta, com a ajuda de uma rede de diferentes apoios e reiteradas presenças em eventos internacionais, finalmente, os Povos Indígenas conquistaram o seu espaço autônomo, longe da arena de controles governamentais, o que permitia a interação com outros atores, com os quais pudessem desenhar estratégias comuns para superar situações endêmicas de marginalização e exclusão, provenientes de omissões e ações estatais.

Objetivando-se oferecer mais clareza à compreensão dos assuntos abordados neste tópico, apresenta-se tabela ilustrativa contendo um conjunto de elementos cronologicamente ordenados, referentes à década de 70, evidenciando atuações do Quarto Mundo desde o seu surgimento e posterior evolução como emergente ator de resistência tribal.

Tabela 1 – Década de 70: o Surgimento do Quarto Mundo como Ator Tribal Emergente

1971	<p>Formação de Alianças Nacionais e Internacionais em Favor da Luta pelos Direitos dos Povos Indígenas. Trata-se do marco de partida para o futuro surgimento do movimento indígena internacional contemporâneo. Os Povos Indígenas iniciam enfrentamentos contra o Banco Mundial, governos e suas instituições, responsáveis pelas violações de seus direitos e marcam presença nos meios de comunicações.</p> <p>Declaração de Barbados I – divisor de águas entre os relacionamentos indigenistas e os não indigenistas e o papel do Estado, recebendo apoio de acadêmicos dos Estados Unidos e da Europa, de Igrejas e ONGs. Defesa da tese de um autogoverno indígena.</p> <p>Criação de organismos internacionais defensores dos direitos indígenas.</p> <p>Primeira Conferência das Mulheres Indígenas, integração do feminismo nos movimentos de resistência indígena.</p>
------	--

1972	<p>Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, conhecida como Conferência de Estocolmo, tratando da questão do uso dos recursos naturais não renováveis e o desenvolvimento sem limite a qualquer custo. O evento foi realizado na Suécia, em junho de 1972, com a participação de 113 Estados, 400 organizações internacionais e não governamentais e 10 representantes de líderes indígenas, resultando a Declaração de Estocolmo com 26 princípios e o nascimento da ideia de um movimento indígena internacional, dando origem ao futuro Quarto Mundo, reconhecido como ator emergente de resistência.</p> <p>Criação de organizações não indígenas – a <i>Survival International: The Movement for Tribal People</i>, a <i>Cultural Survival</i>, a <i>International Work Group for Indigenous Affairs</i>. Essas organizações reforçaram a projeção de uma paradiplomacia indígena e impulsionaram a atenção para agenda dos Povos Indígenas entre a opinião pública, acadêmicos e políticos em favor da marcha do nascente processo do Quarto Mundo e seu objetivo indigenista de libertação.</p>
1973	<p>Conferência dos Povos do Ártico, celebrada em Copenhague, reforçando o projeto da realização de uma futura Conferência Mundial dos Povos Indígenas e de uma paradiplomacia indígena destinada a negociar diretamente melhores condições econômicas, sociais e culturais indigenistas.</p>
1974	<p>Criação da ONG, denominada Irmandade Nacional do Índio do Canadá.</p> <p>Proposta oficial de Criação do Quarto Mundo por George Manuel.</p> <p>Criação do Conselho Internacional de Tratados Indígenas.</p> <p>Criação da Organização dos Povos Indígenas das Américas do Norte, Central e do Sul, do Caribe e do Pacífico.</p>
1975	<p>Acordos de Helsinki, resultante de várias reuniões. O acordo final foi firmado em 1975, na Finlândia, por 37 Estados, resultando a Ata Final de Helsinki, conhecida como a Declaração de Helsinki, versando sobre a segurança e a cooperação na Europa, evento que reconheceu a emergência do Quarto Mundo como ator tribal.</p> <p>Conferência Mundial dos Povos Indígenas, realizada em 1975, em Port Albert, a apresentação da proposta de um Congresso Mundial dos Povos Indígenas e da Carta de Constituição de um Conselho Mundial dos Povos Indígenas.</p> <p>A realização do Congresso Mundial dos Povos Indígenas (CMPI) foi o marco da Primeira Organização Pan-Indigenista e da nascente paradiplomacia indígena, com a finalidade de negociar diretamente assuntos de interesses indigenistas com os governos, sistema de Estados e organizações multilaterais.</p>
1976	<p>Iniciam-se discussões junto ao Sistema das Nações Unidas sobre a possibilidade de conceder aos Povos Indígenas o <i>status</i> consultivo, permitindo sua representação direta no âmbito da Organização, concedido no ano de 1977.</p>

1977	Os Povos Indígenas participaram pela primeira vez de um fórum de discussões, organizado por diversas ONGs junto à ONU, discutindo pessoalmente os seus próprios direitos junto ao Sistema das Nações Unidas, com ênfase, a preservação do meio ambiente como um direito humano, inserindo esse princípio na Declaração dos Direito dos Povos Indígenas. Declaração de Barbados II. Os líderes indígenas presentes manifestaram-se pela plena libertação dos Povos Indígenas. O Sistema das Nações Unidas concedeu ao Congresso Mundial dos Povos Indígenas e ao Conselho Internacional de Tratados Indígenas (IITC) o <i>status</i> consultivo, recebido por meio do ECOSOC, o que permitia suas participações nesse conclave.
1978	Participação dos Povos Indígenas na Conferência Mundial contra o Racismo e a Xenofobia, ocorrendo nesse conclave a oficialização da denominação Povos Indígenas, o reconhecimento de seus territórios e das riquezas de suas terras.
1979	Nesse ano iniciaram trabalhos de denúncias contra as organizações financeiras e as corporações transnacionais, seus megaprojetos desenvolvimentistas, tanto cobiçando e invadindo quanto subtraindo suas terras e as riquezas nelas existentes, tomando os seus territórios e destruindo o ecossistema indígena.

Fontes: Elaboração das autoras, com base em dados e elementos da obra de Orue (2011).

Em síntese – durante a década de 70 – como mostra a tabela acima, as atuações do Quarto Mundo no papel de emergente ator de resistência tribal apresentaram diferentes direções e perspectivas, todas direcionadas à defesa de seus objetivos, entre eles, citando-se a proteção de suas próprias existências e do seu entorno ecológico natural.

Por outro lado e no decorrer dessa mesma década, os Povos Indígenas sustentaram forte discurso político ativista de resistência, denunciando as graves ameaças e as violências praticadas contra os direitos humanos indígenas, continuando a luta secular em favor do reconhecimento da diversidade, respeito às crenças e costumes ancestrais e suas tradições culturais indígenas. A seguir será abordada a trajetória do Quarto Mundo no seu reconhecimento de ator político de resistência tribal.

2.3 Década de 80: reconhecimento do Quarto Mundo como ator político de resistência tribal

Diferentemente das reivindicações dos anos 70, quando os ativistas do Quarto Mundo ocupavam-se em defender a existência da Nação dos Povos Indígenas, usando tanto a forma de sua atuação como

modelo de governo e governança indígenas quanto do reconhecimento de sua autodeterminação, empenhavam-se ainda em contribuir para uma nova ordem internacional capaz de integrar a diversidade, a década de 80 abandonou esses projetos, preocupando-se com a proposta que anunciava o surgimento de um novo agente – ator geopolítico de resistência – contrário à globalização depredadora dominante *desde cima*, assim denunciada por Falk (2002).

A questão defendida pelos Povos Indígenas do Quarto Mundo era outra. Tratava-se de discussão que envolvia o conceito de fronteiras dos atores estatais e que não correspondia com a concepção de nação dos Povos Indígenas, que em sua amplitude correspondia ao direito de reconhecimento, acesso e controle de seu território natural, liberdade para desfrutar os próprios recursos de suas terras. O indigenismo confrontava duramente a tese política de fronteiras e limites dos Estados-nação, que argumenta haver somente uma única nação dentro do território estatal, olvidando a nação indígena, anulando sua diversidade e seu espaço político, além de dizimar o seu próprio povo e destruir o seu ecossistema.

Essas denúncias dos Povos Indígenas começaram a receber apoio de movimentos ecológicos, comunidades epistemológicas e pesquisadores que desenvolviam investigações nos âmbitos da Antropologia, Ecologia e Direitos Humanos. Tais analistas foram importantes, porque observavam como os Estados e as organizações internacionais tomavam suas decisões. Muitas vezes, produzindo e reproduzindo o mesmo discurso ideológico excludente e dominante (ORUE, 2011).

No cenário da década de 80, a partir de 1984, destacou-se importante tendência à formação de organizações indígenas regionais, trabalhando em favor de apoio à agenda indígena. Esse novo fenômeno de organizações pan-indígenas regionais teve, como exemplos, a Confederação de Nações Indígenas da Amazônia Equatoriana (Confeniae), a Associação Indígena da Selva Peruana (Aideseq), o Conselho Regional Indígena do Cauca (Cric), a Confederação Indígena do Oriente Boliviano (Cibob), a Organização Nacional Indígena da Colômbia (Onic), a UNI (Brasil) e que se uniram para constituir a Confederação de Organizações da Bacia Amazônica (Coica), segundo observa-se de dados apresentados por Orue (2011, p. 62).

Além das organizações indígenas surgidas na década de 80, nesse período realizou-se o Congresso Mundial dos Povos Indígenas (CMPI), que ao receber apoio dos governos da Noruega e Groenlândia, impulsionou seus objetivos em níveis até então desconhecidos, ocasionando inusitada elevação de alcance político de sua paradiplomacia e de seu protagonismo indigenista.

O cenário de progressiva atuação dos Povos Indígenas como atores de resistência tribal ganhou mais destaque em 1981, com a participação em uma conferência organizada por ONGs junto a Organização das Nações Unidas. Pela primeira vez foi apresentado oficialmente o Quarto Mundo, discutindo temas como a ecologia, estratégias de extrações de recursos naturais dos seus territórios, tráfico de drogas que os ameaçavam em suas próprias terras, originando a criação de um grupo de trabalho na ONU para analisar esses problemas. Em 1982 foi criado o Grupo de Trabalho das Populações Indígenas (GTPI), cuja linha mais técnica de possibilidades permitia uma cooperação internacional capaz de superar limites impostos pelos Estados (ORUE, 2011, p. 63).

A capacidade e a habilidade dos Povos Indígenas como atores políticos de resistência tribal encontram-se claramente evidenciadas, por meio de suas participações em conferências internacionais, apresentando emendas e projetos alternativos, cujo apoio de governos, da ONU e de ONGs reforçavam a relevância de suas atuações. Em especial, o reconhecimento do Banco Mundial no seu ato de conceder o *Status of Tribal Policy* aos Povos Indígenas, abria espaço ao fortalecimento de uma paradiplomacia indígenista firme e exitosa, empenhada em torno da luta da autodeterminação e do controle ecológico de seus territórios naturais (ORUE, 2011, p. 65).

O acesso dos Povos Indígenas à ONU constituiu processo de grande conhecimento e aprendizagem sobre a complexidade do mundo, motivando o surgimento de uma agenda de específicos direitos humanos indigenistas, contribuindo para um futuro Direito Internacional dos Povos Indígenas, reconhecendo-os como sujeitos coletivos (BRAUN, 2017, p.136).

Nessa trajetória, o Quarto Mundo foi desenvolvendo sua capacidade e mostrando sua habilidade de agente internacional e, com autonomia entre os demais atores, passou a influenciar os Estados mediante relevante atuação em assuntos mais concretos, evidenciando os seus próprios problemas, ampliando as plataformas de apoio e as possibilidades das redes indígenas, identificando objetivos comuns, intercâmbio de informações e o desenvolvimento de estratégias conjuntas, caracterizadoras das redes transnacionais (OLIVEIRA, 2016, p. 54-55).

Como ator tribal de resistência, o Quarto Mundo se insurgiu contra a grande concentração de poder econômico de organizações e empresas transnacionais, globalização *desde cima*, multilateralismo, projetos desenvolvimentistas patrocinados pelo Banco Mundial (BRAUN, 2017, p. 139).

Em 1989 o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) incluiu em sua Convenção de Direitos da Infância, o direito de as crianças indígenas manterem as suas próprias culturas e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), buscou regularizar as relações entre os Estados e os Povos Indígenas, fruto de negociações entre governos, assistência patronal, trabalhadores e indígenas. Os Povos Indígenas ampliaram os seus contatos, aproximações, alianças e acesso a redes internacionais. Pela primeira vez, documentos oficiais de organizações internacionais, como a UNICEF e a OIT, reconheciam a importância e a contribuição das culturas indígenas ao longo da história do Quarto Mundo (BRAUN, 2017, p. 141).

Na continuidade, para melhor clareza sobre atuações do Quarto Mundo como reconhecido ator político de resistência tribal, será apresentada tabela com elementos cronologicamente sequenciais, evidenciando ações mais importantes de sua evolução na década de 80.

Tabela 2 – Década de 80: o Reconhecimento do Quarto Mundo como Ator Político de Resistência Tribal

1980	Denúncias de numerosos casos de genocídio, ecocídio e etnocídio de Povos Indígenas da América ao Tribunal Bertran Russel. A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) toma conhecimento e organiza o <i>Meeting of Experts on Ethno-Development and Ethnocide in Latin America</i> .
1981	Participação indígena junto à <i>Conference on Indigenous Peoples and the Land</i> , organizada por ONGs na ONU. Nesse evento, o Quarto Mundo é apresentado de forma oficial, discutindo questões de direitos humanos, ecologia, estratégias de extração de recursos de terras indígenas e o tráfico de drogas que ameaçava os seus territórios naturais. Os Povos Indígenas passam a desenvolver importante trabalho de participação em conferências paralelas, apresentando alternativas, emendas aos documentos oficiais e, dessa forma, conseguindo o apoio público de governos e ONGs, o que reforçava a relevância internacional da paradiplomacia indigenista.
1982	Criação do Grupo de Trabalho dos Povos Indígenas (GTPI), buscando cooperação internacional para superar limites impostos pelos Estados. Reconhecimento pelo Banco Mundial do <i>Status of Tribal Policy</i> aos Povos Indígenas, favorecendo o papel da paradiplomacia indigenista em favor de sua autodeterminação e controle ecológico de seus territórios naturais. Projeto de uma agenda de direitos humanos e de um direito internacional, reconhecendo os Povos Indígenas como sujeitos coletivos desse direito. Possibilidades de criações de rede de redes indigenistas.

1983	<p>Tendências à criação de organizações indígenas de caráter regional de cooperação e apoio à agenda indígena.</p> <p>O fenômeno de nascimento de novas organizações pan-indígenas regionais mostrou-se possível na Amazônia, com a criação da Confederação de Nações Indígenas da Amazônia Equatorial (Confeniae). Na sequência, com a Associação Indígena da Selva Peruana (Aidesepe), Conselho Regional Indígena de Cauca (Cric), Conferência Indígena do Oriente Boliviano (Cidob), a UNI (BRASIL), a Organização Nacional de Indígenas de Colômbia (Onic).</p>
1984	<p>Criação da Confederação de Organizações da Bacia Amazônica, (Coica), formada pela reunião das organizações regionais acima apresentadas.</p>
1985	<p>O Grupo de Trabalho dos Povos Indígenas se converte em grande centro de atividades, ampliando-se a rede de redes indígenas e as plataformas de apoio.</p>
1986	<p>Reunião de Especialistas com representantes indígenas, convocada pela OIT, realizada em Genebra, para discutir as Convenções n. 107 e n. 169 da OIT.</p>
1987	<p>O processo de discussão e negociação da Convenção n. 169 da OIT contou com forte presença dos Povos Indígenas, quando algumas organizações regionais, como a COICA, conseguiram relevância inusitada e extraordinário acesso às redes internacionais. Pela primeira vez, a sociedade internacional reconheceu importância às culturas indígenas.</p>
1988	<p>O Relatório Brundtland insere elementos em seu texto sobre a agenda indígena e reconhece o valor de suas culturas.</p>
1989	<p>A Unicef inclui em sua Convenção de Direitos de Infância, no seu artigo 30, o direito de as crianças indígenas manterem as suas próprias culturas.</p> <p>A Convenção n. 169, da OIT, por sua vez, buscou regularizar as relações entre os Estados e os Povos Indígenas e, dessa forma, superar as críticas de ineficiência da anterior Convenção n. 107 da OIT.</p> <p>A Convenção n. 169, da OIT, ao apresentar sua definição de Povo Indígena, eliminou a categoria semitribal, reconhecendo os Povos Indígenas como sujeitos de direitos coletivos.</p> <p>As Organizações da Unicef e da OIT, em suas Convenções atuais reconheceram a importância da multiculturalidade, da aproximação e do diálogo e contribuição entre as diferentes culturas e seus diferentes atores.</p>

Fonte: Elaboração das autoras, com base em dados e elementos da obra de Orue (2011).

Em síntese, diferente do discurso da década anterior, os anos 80 apresentaram o caráter geopolítico de resistência de um novo ator – o

Quarto Mundo – contrário aos efeitos da globalização depredadora do território indígena natural e o seu próprio meio ambiente.

A década de 80 ostentou diferente discurso, apresentando estratégias de linhas e métodos mais técnicos, centrados em questões concretas e dentro da realidade da agenda internacional. O dinamismo crescente do movimento ativista indígena levou a ONU a criar o Grupo de Trabalho dos Povos Indígenas, o qual passou a manter relações diretas com essa Organização, trabalhando dentro de seu espaço de funcionamento, o que permitia tentar superar limites impostos pelos Estados aos Povos Indígenas.

O Quarto Mundo, nessa década de 80, por meio de destacada mobilidade de sua principal organização – Congresso Mundial dos Povos Indígenas – mediante vários apoios e alianças, atingiu patamar de inusitada presença e relevância internacional, motivando grande alcance político a paradiplomacia indigenista até então jamais conhecido.

Observa-se que, exatamente durante os anos 80, a paradiplomacia indígena conheceu os seus denominados anos dourados. Levando a indagar: Como será a evolução da trajetória do Quarto Mundo na década de 90? A seguir será respondida essa curiosa questão, implicando na sua consolidação como ator global de resistência tribal.

2.4 Década de 90: consolidação do Quarto Mundo como ator global de resistência tribal

O Quarto Mundo, tendo emergido como ator político de resistência tribal na década 70, evoluindo nos anos 80, no final dos anos 90 é reconhecido como influente agente global. Nesse sentido, indagando-se: O que teria ensejado tão curiosa e inacreditável transformação?

Nesse viés, a voz dos Povos Indígenas até então silenciada, marginalizada e excluída, tanto pela superioridade dos Estados com a alavanca de seu Direito Internacional estatal quanto pela sociedade internacional como um todo, nos anos 90 finalmente passou a ter presença própria no processo de desconstrução da ideologia do colonialismo, ao ostentar a força do protagonismo dos seus movimentos políticos de resistência tribal.

Um conjunto de variáveis contribuiu para essa conquista, como a Revolução Tecnológica Informacional e as redes indígenas, o fácil acesso à Internet, o apoio reforçado de ONGs especializadas, de organizações internacionais como a ONU, OIT, UNESCO, UNICEF, além de governantes ecológicos, como aqueles da Noruega e da Groenlândia.

Os novos conceitos de democracia e sustentabilidade passaram a constituir plataforma global de importante mobilização indígena em todo

o mundo, mostrando efeitos negativos dos projetos desenvolvimentistas à ecologia e ao ecossistema.

A década de 90, na afirmação de Menchú (2000), foi marcada por destacado florescimento de organizações e de mobilizações indigenistas em escala global. Povos Indígenas das Américas, Europa, Ásia, África e da Austrália – todos os continentes – se integraram à rede do Quarto Mundo, tomando parte de seus grupos de trabalho, consolidando positivos resultados as suas antigas lutas em favor de seus direitos e de sua autodeterminação.

Diferentes acontecimentos contribuíram para a conquista de consolidação do Quarto Mundo como ator global de resistência tribal. A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura realizou a Conferência de Ottawa, em 1991, celebrando os 500 anos de vivência indígena, contando com 800 participantes, entre eles, da América, Filipinas, Austrália, Escandinávia, Rússia e África (ORUE, 2011, p. 69).

Durante a Conferência do Rio, de 1992, em evento paralelo os indígenas publicaram – *A Carta Indígena da Terra* – tendo como consequência o caráter de reconhecimento de aliados do desenvolvimento sustentável e, nesse mesmo ano, Rigoberta Menchú recebia o Prêmio Nobel da Paz pelo reconhecimento de seu ativismo (ORUE, 2011, p. 66).

Em 1993, anota Braun (2017, p. 137), na Conferência sobre Direitos Humanos de Viena, vários líderes indígenas manifestaram-se em plenário, quando criado o Foro Permanente dos Povos Indígenas, sendo declarado o Ano da População Indígena no Mundo, aprovada a Decisão 48-163, da Assembleia Geral da ONU, que declarou o período de 1995-2004, a Década das Populações Indígenas, sob o *slogan*: *Povos Indígenas: uma nova aliança*, sendo constituído o Fundo Voluntário Indígena, nomeada Rigoberta Menchú embaixadora de boa vontade da ONU e declarado o dia 9 de agosto – o Dia Internacional dos Povos Indígenas (ORUE, 2011, p. 67).

O ano de 1994 mostrou-se decisivo para o Quarto Mundo, ao ser aprovado o projeto de Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas, constituindo uma das mais significativas metas da paradiplomacia indígena, desenvolvido pelo Grupo de Trabalho dos Povos Indígenas (ORUE, 2011, p. 69).

A Conferência de Copenhague, de 1996, representou mais um degrau de conquista do Quarto Mundo, marcando o seu encontro com a sociedade civil e suas redes transnacionais fora da ONU. Finalmente ali, os indígenas mostraram os seus problemas, alternativas e sua agenda.

Anteriormente, nas observações de Orue (2011, p. 70), outras conferências foram realizadas, podendo-se observar as Declarações Kari-

Oca, de 1992, sobre o desenvolvimento sustentável; a Declaração de Mataatua, de 1993, sobre a propriedade intelectual; a Declaração de Phoenix, de 1995, sobre a questão do genoma humano; a Declaração de Letícia, de 1997, sobre a sustentabilidade dos bosques e o aquecimento climático. Como resultado da paradiplomacia indígena, alguns atores, citando-se a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, o Banco de Desenvolvimento Asiático, o Banco de Desenvolvimento Ibero-Americano, se uniram à tendência de revisar suas políticas em relação às demandas Indígenas.

Na sequência, como evidencia Martínez (1986), os anos de 1998 e 1999 seguiram essa tendência. Alguns países, citando-se o Canadá, a Austrália, e a Nova Zelândia, tomaram decisões que afastavam a doutrina conhecida como *Terra Nullius*, para reconhecer decisões legislativas que proclamavam o reconhecimento da existência *Native Title*, buscando consenso para negociar novas formas jurídicas sobre velhos tratados.

Na América Latina, nos anos de 1998, Constituições reconheceram direitos culturais dos Povos Indígenas, mencionando-se o estudo da autora Maria Aparecida Lucca Caovilla, *Descolonizando o Direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem-viver* (2016).

No final dessa década, em 1999, como esclarece Martínez (1986), na Ásia, os governos de Filipinas, Camboja e Malásia aprovaram legislações favoráveis aos Povos Indígenas, podendo-se dizer o mesmo na África, em Etiópia, Camarões, Uganda, Argélia e África do Sul.

Por derradeiro, confirma-se aqui positivamente a questão inicial de investigação deste ensaio. No final da década de 90, agentes internacionais e vários Estados de todos os continentes passam a reconhecer o Quarto Mundo como ator político de resistência global, como devidamente mostrado no desenvolvimento deste estudo.

Na continuidade, como nos tópicos anteriores referentes às décadas de 70 e 80, será aqui apresentada tabela ilustrativa de atuações importantes ocorridas nos anos 90 e que marcam a consolidação e o reconhecimento do Quarto Mundo como ator global de resistência tribal, obedecendo a sequência cronologicamente ordenada desses elementos.

Tabela 3 – Década de 90: a Consolidação do Quarto Mundo como Ator Global de Resistência Tribal

1991	Participação de Líderes Indígenas na Conferência de Ottawa, de 1991, realizada pela Unesco, presentes 800 participantes, entre eles, das Américas, Filipinas, Austrália, Rússia, Escandinávia e da África, celebrando 500 Anos de Vivência dos Povos Indígenas e discutindo questões de interculturalidade.
1992	Por ocasião da Conferência do Rio, de 1992, os Povos Indígenas publicaram a Carta Indígena da Terra em evento paralelo. A Declaração Indígena Kari-Oca, de 1992, passa a discutir sobre o desenvolvimento sustentável, entre outros importantes assuntos.
1993	Prêmio Nobel da Paz é concedido a Rigoberta Menchú, em 1993, como reconhecimento de seu importante ativismo indígena. A Declaração de Mataatua de 1993, versando sobre a propriedade intelectual e denunciando a biopirataria. Conferência sobre os Direitos Humanos em Viena, com participação de líderes indígenas. Criação do Fórum Permanente dos Povos Indígenas. Declaração do Ano da População Indígena. Declaração do Período de 1995-2004 como a Década das Populações Indígenas, com o <i>slogan</i> : <i>Povos Indígenas: uma nova aliança</i> . Declaração reconhecendo o dia 9 de agosto, o Dia Internacional dos Povos Indígenas. Rigoberta Menchú é nomeada embaixadora de boa vontade da ONU. Criação do Fundo Indígena Voluntário.
1994	Aprovação do Projeto de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, constituindo uma das mais significativas metas da paradiplomacia indígena, desenvolvido pelo Grupo de Trabalho de Povos Indígenas.
1996	Participação de líderes indígenas na Conferência de Copenhague, marcando o encontro com a sociedade civil e redes transnacionais fora do âmbito da ONU.
1997	A Declaração de Leticia, de 1997, dedicando-se à questão dos bosques e da sustentabilidade. A Segunda Oficina da ONU é realizada no Chile, em 1997, também ocorrendo a Primeira Oficina Alternativa dos Povos Indígena. Tendências de revisar políticas e linhas de atuação às demandas indígenas junto a União Europeia, Organização dos Estados Americanos, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Banco de Desenvolvimento Ibero-Americano, Banco de Desenvolvimento Asiático.

1998	Países – o Canadá, Austrália, Nova Zelândia – reconhecem o <i>Native Title</i> no lugar da tese denominada <i>Terra Nullius</i> , em favor do território indígena. O Segundo Seminário Indígena, de 1998, realizado em Panamá, passou a discutir sobre a biodiversidade e as reformas constitucionais, com a tentativa de integrar a diversidade cultural dos diferentes Estados.
1999	Tendência de reconhecimento dos direitos culturais indígenas. Na América Latina, Constituições passaram a reconhecer esses direitos. Na Ásia, alguns países adotaram legislações favoráveis aos direitos dos Povos Indígenas, como a Malásia, Camboja, Filipinas. Na África, certos países, como Camarões, Etiópia, Uganda, Argélia e África do Sul, também adotaram essas medidas.

Fonte: Elaboração das autoras, com base em elementos e dados da obra de Orue (2011).

Em síntese, diferente das décadas 70 e 80, anteriormente abordadas, os anos 90 foram marcados por discursos e objetivos em nível global. Os Povos Indígenas de todos os continentes se integraram ao Quarto Mundo e, dessa forma, constituíram poderosa rede de redes indígenas interconectadas, assinalando cenário de extraordinária mobilidade global e de protagonismo de inusitada força tribal. Finalmente, podendo então adentrar no âmbito fechado e excludente dos Estados e da sociedade internacional, na qualidade de ator consolidado com sua própria voz e supremo esforço de conquista, onde fora ali silenciado e emudecido, marginalizado e excluído.

Os extraordinários e inacreditáveis avanços das atuações dos Povos Indígenas constantes nas tabelas 1 e 2, somados especialmente os elementos mostrados na tabela 3, evidenciam claramente que Quarto Mundo conquistou salto gigantesco no reconhecimento de seu papel de agente não estatal global de resistência tribal e sem precedentes na história secular indigenista. Sem dúvida, constituindo exemplo impactante e inédito junto a própria teoria conceitual e tipológica dos atores internacionais, o que reforça o uso das categorias de análise do indigenismo e da paradiplomacia indígena adotadas como ferramentas de estudo e desta pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante as quatro últimas décadas do século 20, na sociedade contemporânea emergiu, evoluiu e consolidou-se tipo diferente e desconhecido de ator internacional. Trata-se do movimento político – étnico e multicultural – de resistência tribal, constituído por Povos Indígenas denominados Quarto Mundo, ostentando como protagonismo

o seu próprio ativismo indigenista e a força do saber nativo, tendo como cenário o dinamismo da nascente paradiplomacia indígena, com a finalidade de enfrentar o gravíssimo problema de violência extrema contra suas vidas, a subtração dos territórios naturais herdados de seus ancestrais e a destruição de suas tradições culturais pelos impérios do colonialismo, arena estatal e domínio do mercado capitalista mundial.

Dessa forma surgiu o Quarto Mundo, objetivando proteger as próprias vidas dos Povos Indígenas, defender suas terras e riquezas nelas existentes, as tradições culturais e as memórias de seus ancestrais, o modo de ser, pensar e viver de maneira diferente, o respeito à nação indígena e seu governo indigenista – um mundo dentro de outro mundo.

O Quarto Mundo – decorrente da dura e persistente luta dos Povos Indígenas – constituiu-se de forma lenta e gradual. Iniciando localmente, alcançando âmbitos nacional e regional, projetando-se internacionalmente, adentrando então em ampla dimensão global tornou-se reconhecidamente um dos movimentos políticos e sociais mais importantes da sociedade contemporânea, pelo extraordinário empenho evolutivo de uma notável multiplicidade de atuações indigenistas ocorridas em todos os continentes nas quatro últimas décadas do século 20.

Inicialmente, o movimento de luta política de resistência tribal foi marginalizado e excluído pela sociedade. Entretanto, ao moldar-se por fluxos de interações transnacionais em rede e criar a sua própria rede indígena fortaleceu-se, conquistando incontestavelmente impactante dimensão transcendental, o que possibilitou ao Quarto Mundo o reconhecimento de capacidade e habilidade, autonomia e poder de influência junto às decisões do sistema internacional, elementos determinantes e considerados na concepção de agente internacional de Esther Barbé, adotada neste estudo à análise dos Povos Indígenas como atores globais.

Os leitores deste texto, com certeza, indagarão com curiosidade: Quais as razões do rápido êxito da emergência dos Povos Indígenas e de seu reconhecimento como ator político não estatal global de resistência tribal? Na realidade, é em virtude de um conjunto de variáveis que foram responsáveis por esse inusitado fenômeno, apresentado ao longo deste ensaio e ilustrado, com clareza, por evidências inseridas em suas três respectivas tabelas.

Por outro lado, a presente pesquisa deparou com poucos estudos e pesquisas abordando essa dura realidade indigenista e, nesse viés, também sobre a arquitetura de desenhos da paradiplomacia indígena no âmbito do conhecimento das Relações Internacionais.

Este estudo, dessa forma, procura servir de instrumento de iniciação e modestamente de auxílio e estímulo a novas pesquisas ao

necessário entendimento das lutas dos Povos Indígenas – através dos tempos – ao reconhecimento de seus direitos, em especial, da difícil e complexa atuação no papel de ator global político de resistência.

Por derradeiro, observa-se que, apesar da fenomenal atuação em torno da consolidação e reconhecimento do Quarto Mundo como ator político global de resistência tribal, como mostrado pelas evidências e elementos constantes das três tabelas inseridas ao longo do texto deste estudo, alguns Estados ainda seguem considerando os Povos Indígenas minorias e vendo os seus direitos como meras concessões estatais.

Tal cenário condiciona as possibilidades e as oportunidades indigenistas e as atividades de sua importante paradiplomacia indígena. Deseja-se, nesse sentido, que o Foro Permanente dos Povos Indígenas supra essas e outras questões da agenda indígena.

Observa-se também, que incríveis batalhas foram sendo duramente vencidas – degrau por degrau – pelos Povos Indígenas. Contudo, o cotidiano indigenista continua apresentando muitas dificuldades e diferentes obstáculos a vencer.

Com certeza, a vencer com a alquimia da força indígena imemorable, fonte primeira de sabedoria da Humanidade, revestida e fortalecida pelo culto mais sagrado dos Povos Indígenas.

– *O sagrado culto primitivo de crença nativa dos seus ancestrais* –

REFERÊNCIAS

BARBADOS. Declaração de Barbados I. Pela libertação do indígena. Assinada em 30 de janeiro de 1971. Disponível em: http://www.missilogia.org.br/wp-content/uploads/cms_documentos_pdf_28.pdf. Acesso em: 7 abr. 2018.

BARBÉ, Esther. *Relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.

BRAILLARD, Philippe. *Teoría de las relaciones internacionales*. Tradução J. J. Pereira Gomes e João Silva Dias. Lisboa: Calouste, 1990.

BRASIL. Relatório da ONU aponta aumento do número de indígenas na América Latina. In: *Agência Brasil*, 22 set. 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-09/relatorio-da-onu-aponta-aumenta-do-numero-de-indigenas-na-america>. Acesso em: 6 mai. 2018.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. *Os indígenas e seus direitos trabalhistas: uma análise de demandas judiciais de comunidades em Chapecó*. Curitiba: CRV, 2017.

BRYSK, Alison. *De la tribu a la aldea global: derechos de los pueblos indígenas y relaciones internacionales en América latina*. Barcelona: Bellaterra, 2009.

CALDUCH CERVERA, Rafael. *Relaciones internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1991.

CANADA. National Indian brotherhood. In: *The Canadian encyclopedia*. Disponível em: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/national-indian-brotherhood/>. Acesso em: 26 maio 2018.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Descolonizar o direito na América Latina: o modelo do pluralismo e cultura do bem-viver*. Chapecó: Argos, 2016.

CAVALCANTI, Vanessa Malveira. Paradiplomacia: conceito, aspectos, fundamentos e contexto atual. *Conteúdo Jurídico*. Artigo online, publicado em 28 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,paradiplomacia-conceito-aspectos-fundamentos-e-contexto-atual,56348.html>. Acesso em: 10 abr. 2018.

DELDADO, G. *Entre lo popular y lo étnico: notas de um debate para un debate*. Pueblos índios, soberania e globalismo. Quito: Abya-Yala, 1996.

DINAMARCA. We support indigenous people. In: *International Work Group for Indigenous Affairs*. Disponível em: <https://www.iwgia.org/en/>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. About cultural survival. In: *Cultural Survival*. Disponível em: <https://www.culturalsurvival.org/about>. Acesso em: 7 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. About IITC. In: *International Indian Treaty Council*. Disponível em: <https://www.iitc.org/about-iitc/>. Acesso em: 7 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. National Indian brotherhood of Canada. In: *The free dictionary*. Disponível em: <http://www.thefreedictionary.com/national+Indian+Brotherhoo+of+Canada>. Acesso em: 07 abr. 2018.

FALK, Richard. *La globalización depredadora: una crítica*. Tradução Herminia Bevia e Antonio Resines. Buenos Aires: Siglo Veinteuno de Argentina, 2002.

FRANÇA. Povos indígenas no Brasil. In: *UNESCO*. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/educacao/inclusive-education/indigenous-peoples>. Acesso em: 6 maio 2018.

MANSBACH, R. W.; VASQUEZ, J. *Search of Theory*. New York: Columbia, 1976.

MARTÍNEZ, Cobos. *Estudio sobre la problemática de la discriminación contra poblaciones indígenas*. Genebra: Nações Unidas, 1986.

MENCHU, R. *Menssage International Conference on Conflict Resolution*. Peace building. Sustainable development and indigenous peoples. Baguio: Tebtebba Foundation, 2000.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Tradução Ivonne Jean. Brasília: UnB, 1981.

MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra: Almedina, 1996.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MOTTA, Adilson. A população indígena mundial. *Web Artigos*. Artigo online, publicado em 10 set. 2011. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-populacao-indigena-mundial/76107#ixzz5GM59E44l>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias globais: elementos e estruturas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. I.

OLIVEIRA, Odete Maria de; DA SILVA, Andréia Rosenir. Gênero como possível ator das relações internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 23-82.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais, direito e os atores não estatais: delineamentos de fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 33-131, v. I.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Notas de introdução. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: o contraponto entre os atores estatais e não estatais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015, p.15-42, v. II.

OLIVEIRA, Odete Maria de. O protagonismo dos atores não estatais pacíficos e violentos; a revolução da rede de redes. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global*. Ijuí: Unijuí, 2016, p. 39-86, v. III.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança com e sem governo e seus desafios e possibilidade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

ORUE, Joseba Iñaki Arregi. *La diplomacia indígena en las relaciones internacionales 1992-2007: pueblos indígenas como actores emergentes*

en las relaciones internacionales del siglo XXI. Editorial Académica Española, 2011. Printed in the U.S.A.

REINO UNIDO. About us. In: *Survival International*. Disponível em: <https://www.survivalinternational.org/info>. Acesso em: 07 abr. 2018.

TAYLOR, Phillip. *Non-state actors international politics: from transregional to substate organizations*. Boulder: Westview Press, 1984.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La teoría de las relaciones internacionales como sociología*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.

VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006.

DE KANT A HONNETH: UM ENSAIO SOBRE A LIBERDADE E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

FROM KANT TO HONNETH: AN ESSAY ABOUT FREEDOM AND ITS CONSTITUTIONAL APPROPRIATION

Guilherme Camargo Massaú^I 

André Kabke Bainy^{II} 

^I Universidade Federal de Pelotas (UFPel), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel, Pelotas, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: uassam@gmail.com

^{II} Universidade Federal de Pelotas (UFPel), Pelotas, RS, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: andrebainy@hotmail.com

Sumário: Considerações iniciais. 1 Contexto principiológico: Constituição brasileira de 1988. 1.1 Princípio republicano. 1.2 Princípio democrático. 2 Panorama geral: a liberdade na filosofia e o conceito em Kant. 3 Hegel e o conceito de liberdade na em sua filosofia do direito. 4 Algumas proposições de Rawls à liberdade jurídica. 5 O direito da liberdade em Axel Honneth. Considerações finais. Referências.

Resumo: O conceito “liberdade” é tema central de debates de esferas do conhecimento como a filosofia moral, política e do direito. Reconhece-se que as respectivas digressões teóricas têm acompanhado o caminhar das civilizações contemporâneas. Isso porque a liberdade, mais do que uma construção teórica, diz respeito ao “mundo da vida”, ao “ser com os outros” e àquilo que há de mais concreto e imanente na existência e experiência humanas. Não poderia ser outra a razão do direito se apropriar do conceito e de suas significações, atribuindo normatividade (na forma de direitos e garantias) à liberdade. A questão que parece ser ainda (e constantemente) necessária de ser retomada é a busca por fundamentos teórico-filosóficos da liberdade jurídica, de modo a se compreender as próprias dimensões da palavra, mas, além disso, as próprias premissas racionais que as justificam. Assim, o presente artigo pretende fazer um comparativo entre autores de diferentes épocas – a saber, Kant, Hegel Rawls e Honneth - que desenvolveram, ao menos tangencialmente, a temática da liberdade jurídica, de modo a se viabilizar uma análise comparativa quanto à mudança, ou não, da fundamentação teórica utilizada pelos mesmos. Os métodos de pesquisa empregados foram o histórico e o analítico. O histórico teve como objetivo traçar o pensamento dos autores em comento, considerando-os de um modo historicamente situados no tempo. O analítico foi utilizado para se poder retirar as consequências das informações colhidas e responder ao problema de pesquisa.

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2850>

Recebido em: 31.10.2018
Aceito em: 28.05.2019

Palavras-chave: Liberdade jurídica. Filosofia do direito. Racionalidade jurídica.

Abstract: The concept of “freedom” is a central theme of debates in different knowledge spheres, such as moral, political, and legal philosophy. It is recognized that the respective theoretical digressions have accompanied the path



of contemporary civilizations. It is certain that the respective theoretical digressions have accompanied the path of contemporary civilizations. This is because freedom rather than a theoretical construction concerns to the “Lifeworld”, to the “being-with others,” and to what is most concrete and immanent in human existence and experience. It could not be other reason for the law to appropriating the concept and its meanings, attributing normativity (in the form of rights and guarantees) to freedom and recognizing its fundamental - and, therefore, prevalence - in the internal logic of the legal order. The question which, although classical, seems still (and constantly) necessary to be taken up again is the search for theoretical-philosophical foundations of juridical freedom, in order to understand the very dimensions of the concept, but also the rational premises themselves that justify them. Therefore, the present article intends to make a comparison between authors of different epochs that developed, at least tangentially, the legal freedom theme, in order to make possible a comparative analysis regarding to the change or not, of the theoretical foundation used by them. The research methods employed were the historical and the analytical one. The objective of the historical one was to trace the thought of the authors, historically situated in time, in comment. The analytical one was used to be able to extract the consequences of the information collected and to respond to the research problem.

Keywords: Legal freedom. Philosophy of law. Legal reasoning.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A liberdade é um dos ideários da humanidade, e o fenômeno jurídico não desconhece tal assertiva, tanto que a liberdade se constitui um princípio essencial ao Estado constitucional, seja na sua forma liberal ou social. E seu reflexo no mundo jurídico deve-se pela constante busca do ser humano em se relacionar com o ambiente natural (domínio da natureza), o ambiente social (convívio com outros indivíduos), o ambiente cultural (livre manifestação do pensamento e da produção do conhecimento), o ambiente político (liberdade de expressar sua opinião e/ou ser representado por alguém que assim possa fazer), dentre outros ambientes.

Trata-se de um ideário que abre uma área de estudo múltipla, densa, complexa e ampla, até porque o conceito “liberdade” é debatido ao longo da história da filosofia moral, política e do direito, sem que se tenha alcançado uma opinião uníssona. Contudo, as respectivas digressões

teóricas têm acompanhado o caminhar das civilizações contemporâneas, situam a liberdade como conceito, princípio e direito fundamental ao viver humano.

Isso porque a liberdade, mais do que uma construção teórica, diz respeito ao “mundo da vida”, ao “ser com os outros” e àquilo que há de mais concreto e imanente na existência e experiência humanas. Não poderia ser outra a razão do direito se apropriar do conceito e de suas significações, atribuindo normatividade (na forma de direitos e garantias) à liberdade e reconhecendo sua fundamentalidade – e, por isso, prevalência – na lógica interna do ordenamento jurídico.

A questão que, embora clássica, parece ainda (e constantemente) necessária de ser retomada é a busca por fundamentos teórico-filosóficos da liberdade jurídica, de modo a se compreender as próprias dimensões da palavra, mas, além disso, as próprias premissas racionais que as justificam. Por conseguinte, mesmo que se admita uma perspectiva jusnaturalista ou um fundamento metafísico/a priori para se justificar a imanência da liberdade na existência humana, não há como se negar que o desenvolvimento e compreensão do conceito de liberdade – especialmente nas suas implicações na filosofia política e no direito – acompanham a evolução de grande parte das outras discussões de fôlego similar.

Nesse contexto, o presente artigo, a fim de alcançar o objetivo do texto, pretende fazer um comparativo entre autores de diferentes épocas – a saber, Kant, Hegel, Rawls e Honneth¹ – que desenvolveram, ao menos tangencialmente, a temática da liberdade jurídica, de modo a se viabilizar uma análise comparativa quanto à fundamentação e adequação teórica dos mesmos à Constituição brasileira, abordando-as no tópico referente à conclusão do texto. Por fim, destaca-se que as concepções de liberdade trabalhadas no texto são referências para fundamentar o texto constitucional no condizente aos dispositivos citados a título de exemplos. Isso para demonstrar que a filosofia é fonte, em termos auxiliares, da fundamentação do direito de liberdade.

1 Tais autores foram escolhidos devido aos contextos históricos distintos, sendo que Kant e Hegel pertencem a um contexto de forte influência do período iluminista, já Rawls e Honneth encontram-se em um contexto contemporâneo. Também, destaca-se que Kant e Rawls estão mais próximos entre si em face de suas teorias, assim como o pensamento de Hegel está para o de Honneth, enquanto “maior referência”.

1 CONTEXTO PRINCIPOLÓGICO: CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

As questões envoltas à noção de liberdade possuem íntima relação com a Magna Carta brasileira, afinal é ela que fundamenta e legitima todos os direitos, garantias e deveres dos seres humanos que se encontram no Estado brasileiro. Por tal motivo, é necessário se ter a noção de possíveis teorias de *liberdade* que possam contribuir para a interpretação dos textos normativos constitucionais que, de alguma forma, encontram-se calcadas na concepção de liberdade juridicamente refletida. E é justamente daí que se evidencia a importância dos autores estudados no texto, já que são autores referências de um passado ainda invocado, bem como de um presente latente.

A *liberdade jurídica* encontra-se inserida no contexto constitucional que possui princípios político-constitucionais, situados do Art. 1º ao Art. 4º da CF. Tais princípios traduzem as opções políticas fundamentais da Constituição (SILVA, 1999, p. 97), ao ponto de os interpretes da *liberdade jurídica* terem de levar em consideração o significado da *liberdade jurídica* conforme os princípios políticos-constitucionais². Dessa forma, elegeu-se os princípios da república e da democracia (Art. 1º, *Caput*, da CF) para serem cotejados com a concepção de liberdade dos autores ora trabalhados.

Se por um lado a república sem a democracia descaracteriza-se; por outro, a democracia, sem liberdade, não é democracia. Daí porque afirmamos com certa segurança que a república depende da democracia e a democracia da liberdade.

1.1 Princípio republicano

O Legislador Constituinte originário da Constituição de 1988 optou pela república como forma de Estado, tal como expressa o *Caput* do Art. 1º da CF.

Ao determinar que o Estado brasileiro adotaria o regime republicano, o Constituinte, simultaneamente, determinou que os valores característicos ao regime republicano se sobrepusessem aos que os contradizem. Destarte, as referências valorativas contrárias aos da

2 Isso deve-se à incidência, principalmente, dos seguintes princípios ao interpretar dispositivos normativos constitucionais e/com infraconstitucionais: princípio da unidade da constituição e princípio da concordância prática com a constituição (HESSE, 1993, p. 26-27).

república constituem-se em inconstitucionalidades. Isso pelo fato de os conteúdos formais e materiais contidos na Constituição prevalecerem em relação aos infraconstitucionais (princípios da hierarquia normativa e da força normativa da constituição).

Disso se extrai que, ao interpretar qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional, o intérprete deve levar em consideração à interpretação inclinada aos valores republicanos. A liberdade, nesse contexto normativo, deve ser a adequada à república. Dessa forma, todos são iguais, não devendo existir qualquer tipo de privilégios ligados à pessoa (MASSAU, 2016a, p. 95). Desta feita, a liberdade na república deve levar em consideração duas dimensões: a formal e a material. Ambas as dimensões condizem com as condições que as pessoas devem possuir para atuarem na *esfera pública* da república. A formal refere-se à liberdade fruto da garantia legal, a material é a liberdade proporcionada pelo acesso às condições mínimas de existência que oferta o Estado social quando se encontra uma cidade que desigualdades materiais. Essa atuação, o exercício da cidadania se concretiza pelo processo democrático em uma república, com a denominada liberdade dos modernos.

1.2 Princípio democrático

O princípio democrático encontra-se, também, no Art. 1º *Caput*, *in fine*, da CF. Conforme o texto constitucional, o Estado brasileiro constitui-se em Estado democrático. Ao optar pelo regime democrático, o Constituinte, da mesma forma como fê-lo ao decidir-se pela república, simultânea e implicitamente, tornou incompatíveis os valores que vão de encontro à ideia de democracia. Aos conteúdos formais e materiais que contradizem à democracia, cabe a inconstitucionalidade e sua exclusão do sistema jurídico. Dessa forma, a democracia requer a liberdade, em suas diversas manifestações.

Destarte, em um regime democrático, a igualdade, requerida em uma república, atua como elemento equalizador de liberdades. Embora nas democracias modernas o princípio da maioria prevaleça, é preciso levar em consideração os princípios contra majoritários que garantem as condições mínimas de liberdade às minorias. Isso faz com que todas as pessoas mantenham suas liberdades básicas. Caso contrário, a maioria se sobreporia totalmente às minorias, retirando-lhes os espaços de liberdades, subjugando-as em sua totalidade. Trata-se, então, de reconhecer limites ao

poder da maioria (MASSAÚ, 2016a, p. 101), ao mesmo tempo que se reconhece dimensões invioláveis de liberdade inerentes a todos, inclusive à minoria.

2 PANORAMA GERAL: A LIBERDADE NA FILOSOFIA E O CONCEITO DE KANT

A liberdade é um tema constantemente suscitado ao longo da história do pensamento filosófico, sendo objeto de estudo, análise e disposição teórica para uma gama de filósofos das mais variadas vertentes. Trata-se, a toda prova, de conceito que possui amplo espectro de abordagem, seja sob seu viés moral, jurídico, político, social ou teológico. Nesse contexto, Immanuel Kant destacou-se como um dos grandes pensadores da história e, no que tange à filosofia moral, foi o autor que deixou um legado importante ao pensamento contemporâneo.

Em sua obra, dentre os diversos aspectos abordados, é dada especial atenção ao conceito de liberdade, intrinsecamente relacionado ao de autonomia, que correspondem a verdadeiros pressupostos da moralidade kantiana.

Dada a relevância da obra, mas, além disso, tendo em vista as correntes teóricas contemporâneas, que têm revisitado seu legado na busca de fundamentação teórica hábil a justificar os direitos humanos hodiernamente, parece oportuno trazer uma breve contextualização acerca do que Kant diz sobre liberdade.

Para Kant, a vontade moral pura é a vontade autônoma, motivo pelo qual isto “implica, necessária e evidentemente, no postulado da liberdade da vontade. Pois como poderia ser autônoma uma vontade que não fosse livre? Como poderia ser a vontade moralmente meritória, digna de ser qualificada de boa ou de má” (MORENTE, 1980, p. 258), se a vontade estivesse sujeita à lei dos fenômenos/causalidade?

Assim, o comentador pondera:

Se a consciência moral é um fato, tão fato como o fato da ciência, e se do fato da ciência extraímos as condições da possibilidade do conhecimento científico, igualmente do fato da consciência moral temos que extrair também as condições da possibilidade da consciência moral. É uma primeira condição da possibilidade da consciência moral é que postulamos a liberdade de vontade (MORENTE, 1980, p. 259).

Numa breve síntese, Kant considera que a liberdade é a ação em conformidade com a lei moral que nos outorgamos a nós mesmos. A liberdade implica a responsabilidade do indivíduo por seus próprios atos (JAPIASSU e MARCONDES, 2001, p. 119).

Para além da importância dada por Kant à ideia de liberdade no âmbito da filosofia – haja vista que, para o autor alemão, a moral seria composta principalmente pela conjugação de dois conceitos: liberdade e dever - a liberdade também tinha *status* jurídico inafastável, inclusive sendo o verdadeiro direito fundamental.

Nesse sentido, Norberto Bobbio bem aponta que “definido o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo” (BOBBIO, 2004, p. 49). Ainda comentando o pensamento kantiano, prossegue o jusfilósofo italiano ao afirmar que “o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia” (BOBBIO, 2004, p. 49).

A importância dada por Kant à noção de liberdade – colocando-a na condição de único direito inato do ser humano – tem absoluta importância filosófica, mas, também, está intimamente relacionado à importância e justificação do próprio direito no pensamento kantiano, a saber: de modo a se resguardar e preservar a máxima da liberdade, a legalidade surge como mecanismo de evitar/limitar arbítrios (FERNANDES, 2013, p. 373).

3 HEGEL E O CONCEITO DE LIBERDADE EM SUA FILOSOFIA DO DIREITO

O pensador alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, em seu clássico “Princípios da Filosofia do Direito”, também aborda a questão da liberdade sob a ótica do fenômeno jurídico, apresentando de imediato algumas conclusões sobre as quais passa a desenvolver seu raciocínio, afirmando que

o domínio do direito é o espírito em geral; aí a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo (HEGEL, 1997, p. 12).

Em termos gerais, para Hegel, “só existe liberdade onde há relações de direito” (BICCA, 1992, p. 27), não significando que as relações jurídicas já estabelecidas (positivadas) efetivem e deem total plenitude à liberdade, mas, sim, significando que elas são a dimensão de sua existência (BICCA, 1992, p. 27).

Interpretando essa construção teórica *a contrario sensu*, é possível se inferir que, para Hegel, a compreensão do que seja realmente o direito está condicionada à exposição do conceito de liberdade (BICCA, 1992, p.27). Trata-se de dois conceitos que exercem mútua e indissociável influência.

Colocando em termos mais objetivos, a liberdade seria o princípio (pressuposto) do direito, sendo que, contudo, a sua existência só se viabilizaria onde o direito também existisse.

Essa relação de mutualidade é bem explicada por Luiz Bicca (1992), que, ao comentar a obra de Hegel, pondera que para aquele pensador só há verdade no todo – e não no simples conceito ou na mera existência, separadamente – haja vista que “o conceito não é algo pensado por abstração ou como permanecendo em contraposição à existência (ou à realidade); a realidade espiritual é a realização do conceito” (BICCA, 1992, p. 28).

É proposital a intenção de Hegel de construir a noção de liberdade a partir de uma perspectiva da vontade humana individual, até mesmo para guardar coerência com o restante da sua obra e com as críticas por ele formuladas à tradição do direito natural. Trata-se, a toda prova, de uma exposição dialético-especulativa da liberdade, dotada de grande complexidade e abstração, guardando semelhanças com o desenvolvimento de todo o pensamento hegeliano.

Conforme Luiz Bicca, “ao adotar intencionalmente tal ponto de partida” [ponto de vista do indivíduo enquanto sujeito da liberdade em sua singularidade], “Hegel acolhe também o pressuposto básico de compreensão da liberdade compartilhado pela maioria dos pensadores modernos, a autodeterminação no agir” (BICCA, 1992, p. 28).

Ocorre que essa adoção é feita no sentido de uma reorientação radical em relação àquilo até então desenvolvido: tomando por ponto de partida a redefinição *kantiana* da ideia de autodeterminação, Hegel faz profunda revisitação da subjetividade do sujeito da determinação (“auto-”). Nesse sentido:

Em Hegel, como em Kant, uma pessoa é dita livre quando o fundamento determinante de suas decisões práticas não é algo externo

à razão, mas a própria razão. Hegel enfatiza contudo a importância de que a autodeterminação racional seja também (auto-)consciente, pois uma ação que não preenche esta última condição tem o aspecto de obediência rígida ou cumprimento de uma espécie de necessidade cega. Hegel diverge de Kant ao não pensar que a esfera de existência ou a realidade empírica recubra ou seja integralmente equivalente ao mundo natural, à esfera das leis da natureza. Seu conceito de realidade não comporta apenas as criações naturais, mas ainda as realizações da razão humana: leis racionais, instituições, etc. Com isto, Hegel admite também que no agir livre não só o lado formal deriva da razão, mas que há conteúdos que podem ser ditos racionais. É recusada, portanto, a atribuição de um significado exclusivamente naturalista, por assim dizer, à palavra “conteúdo”. A razão humana é ou tem o poder de criar leis pertencentes a uma esfera que manifesta um traço de descontinuidade em relação à natureza física: a história ou, na linguagem de Hegel, a esfera do espírito (BICCA, 1992, p. 29).

Ou seja: o maior “corte” teórico do pensamento de Hegel em relação a Kant se dá na esfera do sujeito da liberdade.

O início da reflexão de Hegel acerca do direito é a construção conceitual da “vontade”, cuja essência, justamente, é a de ser livre. Daí porque o conceito de vontade, na visão hegeliana, implicaria o de liberdade, haja vista que “a liberdade é a substância e a determinação essencial da vontade” (HEGEL, 1997, p. 46).

Toda a compreensão da filosofia do direito hegeliana passa pela afirmação de que, no entender do autor, há no mundo duas categorias distintas de ser: os sujeitos e as coisas.

As coisas são desprovidas da consciência de si mesmas e do mundo, ou, conforme Hegel no §42 dos Princípios da Filosofia do Direito, falta à coisa a subjetividade (HEGEL, 1997, p. 44). Contudo, “o destino das coisas se revela no universo jurídico, porque em face dessas coisas há sujeitos, isto é, seres livres dotados de consciência que experimentam sua liberdade em um mundo de coisas” (BILLIER, 2005, p. 181-182).

Nesse contexto, o sujeito seria este ser que é capaz de colocar sua vontade em qualquer coisa, podendo, destarte, tornar “a coisa” sua propriedade. Acerca desse duplo movimento de realização para Hegel, Billier comenta que “quando o objeto se espiritualiza, o sujeito se objetiva, um e outro fazendo parte um do outro. É assim que todo o pensamento hegeliano tende a abolir o dualismo clássico entre o sujeito e o objeto” (BILLIER, 2005, p. 182).

O comentarista prossegue na exposição do pensamento de Hegel bem pontuando que daí são extraídas três consequências teóricas

importantes: (i) o sujeito que pode colocar sua vontade sobre qualquer coisa não pode colocá-la sobre não-coisas, isto é, sobre sujeitos; (ii) uma vez que a objetivação da vontade em uma coisa não depende senão dessa vontade particular, de um sujeito portanto, o caráter privado da propriedade é reconhecido por Hegel, que estima de passagem que toda ideia de propriedade coletiva é uma contradição nos termos; e (iii) a extensão considerável que Hegel dá ao campo do direito, assim considerando-o como a liberdade enquanto ideia, o que implica que cada grau de desenvolvimento da liberdade terá seu direito próprio (BILLIER, 2005, p. 182).

Ou seja: “o direito não é um domínio à parte que trabalha sobre as limitações ou sobre as restrições da liberdade: ele é o momento crucial e necessário de uma filosofia da liberdade, porque ele é o momento da necessária objetivação da liberdade” (BILLIER, 2005, p. 183).

4 ALGUMAS PROPOSIÇÕES DE RAWLS À LIBERDADE JURÍDICA

John Rawls, autor estadunidense do século XX, tem como tema central de suas pesquisas a liberdade na filosofia moral, política e jurídica. Tal autor é defensor de uma teoria comumente catalogada como “liberalismo-igualitário”, sendo uma referência teórica que precisa ser constantemente revisitada, seja pela contemporaneidade, seja pela solidez de sua obra. Dentre as suas várias obras, destaca-se “Uma teoria da justiça” (RAWLS, 2008), na qual o autor propôs o relançamento da ética substantiva e da política normativa.

Tal obra foi levada a efeito em uma clara tentativa de racionalizar a busca pela identificação dentre os tantos ordenamentos sociais possíveis, qual(is) é(são) o(s) justo(s), “isto é, aqueles que cada cidadão escolheria se pudesse ser posto em condições de fazer uma escolha absolutamente racional, para além dos próprios interesses e egoísmos” (FARALLI, 2006, p. 5).

Como parte estruturante da sua teoria, Rawls apresenta uma proposição procedimental contratual hipotética – que remonta à clássica noção de “contrato social” – que serve como instrumento por meio do qual são deduzidos os princípios de justiça de determinada comunidade.

O ponto de partida do procedimento é a “posição original” na qual os indivíduos “contratantes” se encontram, guardando todos em comum o fato de estarem sob o “véu da ignorância”, não sabendo nada sobre sua própria existência, posição na sociedade, capacidades pessoais, posses materiais, etc. “Em outras palavras, excluem-se todas as considerações que poderiam introduzir elementos de não-imparcialidade no diálogo contratual” (FARALLI, 2006, p. 5).

É nesse contexto hipotético que as partes em questão (contratantes de um novo Estado), concebidas como racionais e em condições de total liberdade e igualdade, “escolhem juntas com um só ato coletivo, os princípios que devem conferir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais” (FARALLI, 2006, p. 6).

Comentando a obra de Rawls, Carla Faralli pontua que os princípios escolhidos pelos participantes da “posição original” são, substancialmente, dois:

o primeiro, que determina que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; o segundo, que todos os principais bens sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases da autoestima – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de um ou mais desses bens traga vantagem aos menos privilegiados (FARALLI, 2006, p. 6).

Da leitura da obra de Rawls se extrai que o primeiro princípio possui precedência operacional em relação ao segundo, motivo pelo qual restaria assegurada que a liberdade tenha sempre prioridade. Nesse sentido, Wayne Morrison pontua que, para Rawls, “não é admissível legitimar-se a restrição da liberdade ou da igualdade de oportunidades com o argumento de que tal restrição contribuirá para a melhora das condições dos menos favorecidos” (MORISSON, 2006, p. 471), sendo que nestes casos, contudo, dever-se-ia optar por uma distribuição desigual destes bens primários sociais (liberdade, oportunidade, renda, riqueza, etc.).

Para Rawls, as pessoas envolvidas sob o véu da ignorância optariam por escolher “a liberdade como seu primeiro princípio, uma vez que, desconhecendo a situação real ou sua própria concepção do bem-viver, isso lhes daria a maior oportunidade de perseguir quaisquer ideais que preferiam” (MORISSON, 2006, p. 471-472), ao passo que “escolheriam o segundo princípio porque atuariam com base num ‘princípio minimax’ por

meio do qual prefeririam a opção menos pior caso viessem a encontrar-se no nível mais baixo da sociedade” (MORRISON, 2006, p. 472).

Para todos os efeitos, a teoria de Rawls pode ser considerada procedimentalista, na medida em que sua proposta passa pela adoção e defesa de um determinado método. Mas, para aquilo que interessa no presente trabalho, interessante trazer à tona a profunda ligação que a própria liberdade – enquanto princípio de justiça – possui em relação ao procedimento rawlsiano.

Nesse sentido, o autor sustenta o respeito da liberdade enquanto garantia ao procedimento justo, afirmando que

o ideal é que uma constituição justa seja um procedimento justo para assegurar um resultado justo. O procedimento seria o processo político regido pela constituição; e o resultado seria o conjunto das leis promulgadas, ao passo que os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente para ambos, procedimento e resultado. Na tentativa de alcançar esse ideal de justiça procedimental perfeita (§ 14), o primeiro problema é conceber um procedimento justo. Para isso, é preciso que as liberdades da cidadania igual sejam integradas à constituição e por ela protegidas. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos políticos. O sistema político, que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incluísse essas liberdades (RAWLS, 2008, p. 242).

Ao longo da sua obra, Rawls deixa claro que não irá se dedicar à discussão acerca do significado da liberdade, que, nas suas palavras, “tantas vezes dificultou esse tema” (RAWLS, 2008, p. 247). Por tal motivo, opta por deixar de lado a controvérsia havida entre os defensores da “liberdade negativa” e da “liberdade positiva”, no que concerne a como se deveria definir a liberdade, haja vista que, para ele, “as questões de definição podem desempenhar, na melhor das hipóteses, um papel coadjuvante” (RAWLS, 2008, p. 247).

Uma vez propositalmente afastada a questão da conceituação da liberdade, Rawls passa a utilizar o conceito a partir daquilo que, para ele, são seus três elementos identificadores: os agentes que são livres; as restrições ou limitações de que estão livres e aquilo que têm liberdade para fazer ou não fazer (RAWLS, 2008, p. 247-248).

Destaca-se que, embora o pensamento de Rawls guarde profunda relação com o pensamento de Kant – e com outros autores apegados a uma dogmática liberal – e, por isso, possa inicialmente aparentar um mero aprofundamento de teorias já criadas, o objetivo central da teoria da justiça

rawlsiana é justamente o de buscar uma resposta no âmbito da filosofia política, que não tome a liberdade como uma verdade moral e que consiga se esquivar do princípio utilitarista do sacrifício (ROSCHILD'T, 2009, p. 7).

A propósito do rechaçamento feito por Rawls à perspectiva utilitarista, destaca-se a ênfase dada pelo autor à inegociabilidade das liberdades individuais:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos (RAWLS, 2008, p. 4).

Ora, sendo a liberdade o princípio primeiro da justiça *rawlsiana*, esse caráter de “inegociabilidade” certamente também a acompanha.

5 O DIREITO DA LIBERDADE EM AXEL HONNETH

O autor alemão Axel Honneth é um pensador que segue a tradição da Escola de Frankfurt³, travando diálogos especialmente com Jürgen Habermas, mas que ao longo de sua obra passa a se distanciar, ao menos parcialmente, da teoria crítica frankfurtiana. Antes da publicação do livro “O direito da liberdade”, as obras de Honneth que obtiveram maior repercussão foram “Luta por reconhecimento” (1992) e “Sofrimento de indeterminação” (1996).

3 Corrente de pensamento que nasce nos anos 1930, quando Max Horkheimer passa a encabeçar o Instituto de Pesquisas Sociais fundado em 1923, em Frankfurt. Graças à sua iniciativa, vários intelectuais vão trabalhar juntos, entre eles Herbert Marcuse, Adorno, Erich Fromm. Suas pesquisas são marcadas por uma referência comum ao pensamento de Marx que, no entanto, é crítica e não dogmática (DORTIER, 2010, p. 229).

Conforme apontado por Evânia Reich, em “O direito da liberdade” evidencia uma evolução da sua interpretação da teoria do reconhecimento de Hegel, dando reflexões acerca do papel deste reconhecimento para a emancipação de uma sociedade que ele havia iniciado em “Luta por Reconhecimento” (REICH, 2013, p. 144).

Isso porque, diferentemente das obras até então publicadas, em “O direito da liberdade” o autor visualiza a forma de reconhecimento recíproco, especificamente horizontal, na teoria hegeliana da “Filosofia do Direito como também a adota para desenvolver a sua própria tese de que é somente através das instituições livres que os indivíduos conseguem alcançar a verdadeira liberdade que é aquela do tipo social” (REICH, 2013, p. 145).

A propósito da fundamentação teórica na obra de Hegel, Pinzani bem pontua que a pretensão de Honneth é, contudo, “atualizar o pensamento hegeliano, livrando-o da sobrecarga metafísica” (PINZANI, 2012, p. 207). É na obra “O direito da liberdade” que Honneth empreende um esforço teórico que tem como escopo “sustentar a ideia de que os valores morais e princípios normativos que regem a vida em sociedade seriam deduzidos das próprias práticas e relações que se estabelecem nas instituições sociais, promovendo uma modernização do conceito de espírito objetivo” (SILVA, 2016, p. 287). Para tanto, utiliza-se do método denominado de “reconstrução normativa”.

O cerne utilizado por Honneth para fundamentar sua teoria da justiça refere-se a uma atualização do conceito de liberdade, partindo do pressuposto de que “no discurso moral da modernidade foram constituídos três modelos claramente delimitados para os conflitos em torno do significado de liberdade (HONNETH, 2015, p. 41), quais sejam: (i) modelo de liberdade negativo – vinculado à autonomia individual a partir da positivação de direitos subjetivos; (ii) modelo de liberdade reflexivo – vinculado à afirmação pessoal e racional do sujeito; e (iii) modelo de liberdade social – vinculado às esferas de eticidade estabelecidas no plano social, no caso, relações pessoais, mercado e a esfera do Estado (HONNETH, 2015, p. 41-42; SILVA, 2016, p. 289).

Na primeira parte da obra “O direito da liberdade”, Honneth faz uma abordagem de contextualização e interlocução com o pensamento dos outros autores da filosofia. Nesse sentido, Honneth objetiva revisitar a importância da categoria hegeliana do reconhecimento para a definição e amplitude do conceito de liberdade social, sendo justamente o

reconhecimento recíproco em Hegel como o momento chave para a sua representação da liberdade (REICH, 2013, p. 145).

Isso porque, segundo Honneth, o pensamento hegeliano levaria à conclusão de que os indivíduos não podem realizar suas finalidades através de suas experiências subjetivas, haja vista que “a realização da verdadeira liberdade de um indivíduo é somente possível na relação com o outro cujas finalidades têm uma relação de complementariedade com as finalidades dele” (REICH, 2013, p. 145).

Nesse sentido, os objetivos de outros indivíduos não seriam vistos por determinado sujeito como um obstáculo ao alcance da sua própria realização e aspiração, mas, ao contrário, o desejo de determinado sujeito somente poderia vir a ser confirmado e concretizado “na medida em que a existência dos desejos e finalidades do outro é uma condição para a realização de seus próprios desejos e finalidades” (REICH, 2013, p. 146).

Daí decorreria a indispensabilidade das instituições sociais reconhecidas historicamente: somente por meio delas que os indivíduos poderiam vir a conhecer as finalidades e carências recíprocas; ou seja, são o meio através do qual os indivíduos compreendem-se reciprocamente. Nesse sentido,

Segundo Honneth, os sujeitos aprendem a articular para os outros de maneira compreensível suas finalidades assim como interpretam de maneira adequada os anseios desses, antes mesmo de poder se reconhecer reciprocamente como sendo dependentes uns dos outros. Isto é, faz-se necessário que os indivíduos se relacionem entre si no interior de instituições historicamente reconhecidas para que eles mesmos se reconheçam e se deem conta de suas dependências recíprocas. Sem este “médium” a tomada de consciência desta interdependência seria impossível [...]. São as finalidades individuais que se complementam entre si que possibilitam a realização do reconhecimento recíproco. Os indivíduos se dão conta que vivem em uma sociedade no interior da qual seus anseios e objetivos têm que complementar àqueles de seus parceiros de interação. Eu reconheço o outro porque suas finalidades ecoam na minha própria vida e sou reconhecido porque minhas escolhas complementam as escolhas de meu parceiro social” (REICH, 2013, p. 146).

Na segunda parte da obra, o autor se dedicou a abordar dois modelos de liberdade anteriores ao conceito de liberdade social (que é abordada na terceira parte da obra): a liberdade jurídica e a liberdade moral.

A liberdade jurídica, para Honneth, estaria relacionada à existência de um sistema de direitos subjetivos, surgidos gradativamente na modernidade. Destarte, o autor reconhece que os direitos subjetivos inicialmente tiveram

caráter econômico, contudo, ao longo do tempo, os direitos subjetivos “acabaram criando um espaço de proteção do indivíduo, que lhe permite desenvolver autonomamente seu plano de vida independentemente das concepções e dos valores socialmente dominantes” (PINZANI, 2012, p. 209). Noutras palavras, os direitos subjetivos constituiriam uma esfera privada, da qual os indivíduos poderiam se retirar, deixando de se sujeitar às obrigações comunicativas vinculadas à exigência de justificação das escolhas de vida e valores individuais (PINZANI, 2012, p. 209).

Honneth, baseando-se no pensamento de Hegel, afirma que os direitos abstratos possuem uma dupla natureza que lhes é peculiar: (i) uma natureza externa, para fora, cujo formato é “meramente racional-finalista da solução de decisão, para proteger esse mesmo sujeito, para dentro, em sua capacidade de formar eticamente a sua vontade com maior eficácia” (HONNETH, 2015, p. 133), por meio da qual o sujeito antagônico da relação jurídica (contraparte) possuiria liberdade segundo o seu próprio arbítrio e, assim, poderia seguir as suas preferências determinadas individualmente; e (ii) uma natureza de perspectiva interna, que se daria de maneira “opaca”, sendo que essa opacidade resultaria no desajuste dos “sujeitos das relações de integração intersubjetiva [...], de sorte que estes passariam a atuar apenas de forma estratégica, buscando alcançar os seus interesses fundados em uma racionalidade puramente jurídica” (HONNETH, 2015, p. 132; SILVA, 2016, 292).

O autor alemão admite, nesse contexto, que os direitos subjetivos não seriam desprovidos de conteúdo ético, haja vista que, uma vez que o indivíduo é detentor de direitos subjetivos, o mesmo passa a contar com espaço próprio, pessoal, onde pode realizar reflexões acerca das diversas concepções de realização pessoal ou boa vida, bem como a defender seus valores morais. Nesse sentido, “os direitos subjetivos que concedem a cada indivíduo a liberdade de articular e defender publicamente suas convicções sobre valores, devem garantir esse tipo de pluralismo ético” (HONNETH, 2015, p. 139). Assim, prossegue o autor, “uma vez que cada um desfruta de sua pretensão, afiançada pelo Estado, de não ser impedido de externar suas ideias de bem, surge aquela corrente permanente de imagens e visões da vida bem conduzida que abastece o indivíduo de alternativas sempre novas em sua autoconfirmação ética” (HONNETH, 2015, p. 139).

Dada essa possibilidade de concepção ética dos direitos subjetivos, no sentido de não significar apenas uma ação isolada do sujeito em relação aos demais integrantes da sociedade, a liberdade jurídica decorreria de

um “sistema de ações institucionalizado”, e que, portanto, “servir-se da liberdade jurídica e praticá-la significa tomar parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada, regulada por normas de reconhecimento recíproco” (HONNETH, 2015, p. 147).

A liberdade social, por sua vez, em relação a qual é dedicada mais da metade da obra, é, para Honneth, onde de fato a liberdade do indivíduo se realiza (PINZANI, 2012, p. 210).

Para Honneth, ao passo que a liberdade jurídica e a liberdade moral se relacionam de maneira “parasitária com uma prática de vida social, que não apenas já as precede sempre, como também devem, só a elas, seu verdadeiro direito de existir” (HONNETH, 2015, p. 223). Noutras palavras, não obstante as liberdades morais e jurídicas de fato viabilizem que o indivíduo se distancie das exigências eventualmente estabelecidas pelas relações sociais prévias, “elas próprias em si não constituem uma realidade intersubjetivamente compartilhada no seio do mundo social” (HONNETH, 2015, p. 224).

De todas essas circunstâncias utilizadas pelo autor para a construção de sua teoria, nos parece que o conceito *honnethiano* para a liberdade jurídica ainda tenha como pressuposto o ideal liberal clássico de “liberdade negativa”, que sustenta que os indivíduos teriam sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado (HONNETH, 2015, p. 128). Nesse contexto, Honneth argumenta que a utilização da definição clássica não corresponderia a um problema teórico, na medida e que essa concepção não sofreu alterações significativas ao longo do tempo – apenas sofreu modificações quanto ao alcance dos direitos subjetivos (HONNETH, 2015, p.129), inclusive resultando na hiperjuridificação da esfera privada (SILVA, 2016, p. 291).

Ocorre que dessa “invasão jurídica” na esfera privada poderia surgir um problema, relacionado ao possível surgimento de uma patologia social, bem sintetizado por Pinzani:

Mas na liberdade jurídica estaria presente o risco de uma patologia social: a total identificação, pelos indivíduos, de sua liberdade com a liberdade jurídica, isto é, com seus direitos negativos e que, portanto, tais direitos acabem sendo os elementos constitutivos do plano de vida de seus titulares. Assim, os sujeitos tendem a “retirar-se na gaiola de seus direitos subjetivos e a pôr-se perante os outros exclusivamente como pessoas jurídicas”, demandando a resolução de todos os seus conflitos unicamente aos tribunais. A pessoa se reduz assim à “soma de suas pretensões jurídicas”, fechando-se ao fluxo comunicativo que a une às outras pessoas. Os direitos são usados, portanto, como

uma barreira às exigências de justificação que provêm dos outros indivíduos (PINZANI, 2012, p. 209).

O fato de “sempre haver a tendência a minar e subverter a rede existente de relações sociais” (HONNETH, 2015, p.131) levaria ao caráter “incompleto” da liberdade jurídica, “de modo que isso poderia causar um bloqueio ou atenuação do exercício da própria subjetividade do indivíduo e, conseqüentemente, um afastamento do processo de interação social, fundamental para o reconhecimento e emancipação individual” (SILVA, 2016, p. 292).

A liberdade moral, por sua vez, coincide com aquilo frequentemente denominado de “autonomia moral”, consistente na capacidade de questionamento normas, exigências ou instituições socialmente válidas com base em argumentos que poderiam encontrar o consenso de todos os envolvidos (razões universais). Pinzani aponta que “essa liberdade toma uma forma negativa: é a liberdade de rechaçar normas ou instituições sociais que não superem o teste de universalização” (PINZANI, 2012, p. 210), implicando no fato de que os sujeitos devem estar dispostos a justificarem suas escolhas e ações, recorrendo a argumentos universalizáveis. Daí porque a liberdade moral careceria de que os indivíduos possuam a capacidade de distinguir entre razões corretas ou falsas, mas de colocar-se no lugar dos outros.

Ocorre que, assim como a liberdade jurídica, a liberdade moral também está exposta a patologias sociais: (i) o indivíduo pode vir a se tornar um moralista incapaz de situar-se no contexto social, agindo como se tal contexto não existisse; e (ii) o indivíduo pode chegar a uma postura de “terrorismo” com motivações morais, a partir da qual a ordem social é considerada injusta e imoral na sua totalidade, passando a exigir a sua destruição.

Conforme aponta Campello, em cada um desses dois modelos – liberdade jurídica e liberdade moral -, o autor alemão, guiando-se da perspectiva hegeliana, encontraria um sentido constitutivo de liberdade, mas que, ao mesmo tempo, apresentaria seus próprios limites. E é nesse contexto de limitação que a obra retomaria o conceito de patologia social, recorrente em outros textos de Honneth e indispensável à compreensão de sua teoria.

Com efeito, “patologias sociais” representariam a consequência da quebra da racionalidade social, a qual vinha sendo incorporada como ‘espírito objetivo’ na gramática normativa de sistemas de ação institucionalizados

(HONNETH, 2015), ou, ainda, podem ser considerados como patologias “os modos em que um dos modelos de liberdade (jurídico ou moral) torna-se radicalmente unilateral” (CAMPELLO, 2013, p. 191). Nesse sentido:

Em relação à liberdade jurídica, o indivíduo passa a agir apenas como portador de direitos subjetivos, sendo reduzido seu espaço de liberdade ao sentido estritamente jurídico e perdendo-se, com isso, outras formas de integração social e comunicativa. No que se refere à liberdade moral, por sua vez, se, por um lado, ela tem seu fundamento associado à ideia de autonomia e de escolhas subjetivas, ela apresenta seus limites quando o indivíduo torna-se insensível a contextos, agindo cegamente de acordo com princípios morais previamente estabelecidos (CAMPELLO, 2013, p. 191).

Em torno da concepção *honnethiana* de patologias, é importante ressaltar dois aspectos. O primeiro é que Honneth não entende os déficits no que se refere às esferas da liberdade social em termos de “patologia”, reservando a expressão somente às relações de liberdade jurídica e moral, discutidas na primeira parte do livro. Ao invés de patologia, Honneth descreve os problemas concernentes à liberdade social, encontradas nas esferas da eticidade, como desenvolvimentos errados. A ideia, aqui, é que as esferas deveriam proporcionar os espaços de realização da liberdade, mas, devido a possíveis problemas internos ao seu desenvolvimento, elas deixam de exprimir aquele conteúdo normativo.

Aproximando-se do institucionalismo hegeliano – com todas as devidas e necessárias ressalvas e distanciamentos teóricos de seu precursor, como já frisado –, Honneth, na parte final de sua obra, passa a focar na reconstrução normativa do processo que, saindo do modelo de Estado liberal, culminou na implantação do atual modelo de Estado Democrático (Constitucional e social) de Direito (PINZANI, 2012, p. 213), sendo o Estado hodierno compreendido como “o instrumento através do qual os cidadãos ativos politicamente realizam suas convicções e, portanto sua liberdade social” (PINZANI, 2012, p. 214).

Isso porque, seria por meio do Estado, enquanto “órgão reflexivo” ou “rede de instâncias políticas”, que os indivíduos teriam auxílio para entabularem a prática comunicacional, transpondo e compartilhando as suas respectivas visões, alcançadas deliberativamente como solução moral pragmática aos problemas sociais (PINZANI, 2012, p. 214).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode inferir de toda a evolução do pensamento teórico contemporâneo, as construções conceituais envolvendo a liberdade necessária e naturalmente adentram em esferas distintas da vida (moral, política, social e jurídica), as quais, a despeito de possuírem um óbvio e devido grau de autonomia, influenciam-se mutuamente. No que tange à esfera do direito, destinada à discussão do conceito de liberdade jurídica, a mesma deve partir de algumas posições jurídicas fundamentais, como a república e a democracia.

A liberdade, na perspectiva do republicanismo contemporâneo, não se reduz à não interferência do Estado ou de outro(s) indivíduo(s), como é defendido no pensamento liberal. Refere-se à não opressão, ou seja, a dominação exercida por vontade arbitrária do Estado ou de outro(s) indivíduo(s) (MASSAÚ, 2016b, p. 118-119). Para tal, é preciso visualizar a liberdade, em conjunto com a igualdade, enquanto elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana (MENDES e BRANCO, 2011, p. 296): o ser humano livre, como ser em busca da auto realização, e sendo responsável pela escolha dos mecanismos de realização de suas potencialidades individuais, ao passo que o Estado, como guardião, facilitador e estimulador⁴ das liberdades.

Daí porque não é demais afirmar que as normas (regras e princípios) preconizados no ordenamento jurídico são absolutamente permeados pelos aspectos teórico-filosóficos invocados no presente texto.

Nesse sentido, a noção de liberdade para Kant pode ser traduzida, p.ex., no princípio da legalidade (Art. 5º, II, da CF) na medida em que a pessoa deixará de fazer, ou fará, alguma coisa em virtude de *lei*. Já para Hegel a liberdade encontra-se na autonomia da vontade, mas que ao mesmo tempo requer uma objetivação da liberdade. Para isso, reputa-se, p.ex., o *Caput* do Art. 5º da CF, ao reunir os elementos dos sujeitos de direito (brasileiro e estrangeiro residente no Brasil) e dos direitos (direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade dentre outros). Para Rawls, por sua vez, a liberdade encontra-se fundamentada na república, a título de exemplificação, o que consta no Art. 1º, parágrafo único, da CF. Em

4 No sentido da prestação mínima dos direitos sociais, que, em essência, possibilita a pessoa potencializarem sua *liberdade*.

termos da concepção de Honneth, cabe citar, por exemplo, o Art. 3º, I, IV, da CF.

A liberdade, na perspectiva democrática, refere-se à espécie de autogoverno, na medida em que expressa a autonomia da vontade, conjuntamente, com a participação da pessoa no contexto sociopolítico. Por consequência, em uma república, a democracia está calcada na autonomia da vontade⁵, sendo que essa autonomia encontra limites no direito. É a opção de cada pessoa que formará a vontade da maioria (princípio majoritário). O direito garantirá a efetivação da vontade da maioria e, também, a proteção do núcleo essencial da autonomia da vontade (liberdade) da minoria (princípio contra-majoritário) (MASSAUÁ, 2016b, p. 123-124). Nesse caso, cita-se Honneth com sua perspectiva institucionalista.

Em termos da liberdade no espaço democrático a partir da perspectiva kantiana, cita-se, p.ex., o Art. 5º, IV, VI, IX, Art. 17, *Caput*, da CF, ao passo que, para ilustrarmos o pensamento de Hegel, em termos de projeção de liberdade na democracia, é possível citar o Art. 14, §3º, da CF (condições de elegibilidade), em que se encontra a objetificação da liberdade política no que se refere a possibilidade de ser eleito a cargo político. No âmbito democrático, cabe citar, no que se refere à liberdade em Rawls, fundamentalmente, o Art. 14, I, II, III, da CF. Já no que condiz a Honneth, cita-se Art. 5º, XVI, XVII, Art. 8º da CF.

Como visto, há inúmeros exemplos concretos extraídos do ordenamento jurídico que estão amparados em pressupostos teóricos justificadores, motivo pelo qual se revela a importância da análise, do estudo e do cotejamento das ideias dos referidos autores. Esse estudo, no entanto, necessita ser feito de uma maneira compreensiva quanto às diferentes esferas da vida que são abarcadas pela liberdade – moral, política, jurídica e social –, e, no caso do direito, partir de premissas metodológicas sólidas quanto ao próprio fenômeno jurídico, sendo relevante a utilização de uma epistemologia e metodologia jurídicas comprometidas.

5 Não se trata restritamente da autonomia da vontade iluminista da igualdade formal (SCHACHTSCHNEIDER, 2007, p. 19-20). Mas diz respeito à autonomia da vontade formada a partir de um ambiente material adequado para o desenvolvimento da personalidade, ou seja, com aportes prestacionais do Estado social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BICCA, Luiz. O conceito de liberdade em Hegel. *Revista Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 19, n. 56, p. 25-47, jan. 1992. Disponível em: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1546/1897>. Acesso em 17 maio 2019.

BILLIER, Jean-Cassien e MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

CAMPELLO, Filipe. Do reconhecimento à liberdade social: sobre o “Direito da Liberdade” de Axel Honneth. *Cadernos de Ética e Filosofia Política – USP*, São Paulo, n. 23, p.185-199, jul. 2013. Disponível em: www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74736/78328. Acesso em: 10 ago. 2018.

DORTIER, Jean-François (Dir.). *Dicionário de Ciências Humanas*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice Premaor Gallo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspidvm, 2013.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HONNETH, Axel. *O Direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MASSAÚ, Guilherme. *O Estado de direito e as dimensões da res publica*. Curitiba: Prismas, 2016a.

MASSAÚ, Guilherme. *O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida no Estado constitucional cosmopolita*. Ijuí: Unijuí, 2016b.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6 ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORENTE, Manuel Garcia. *Lições preliminares de Filosofia*. 8 ed. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINZANI, Alessandro. Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 94, p. 207-237, Nov. 2012. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000300014&lng=en&nrm=iso. Access on 23 Apr. 2018.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REICH, Evânia. Honneth, Axel. Das Recht der Freiheit. Berlin: Suhrkamp, 2011. Griot – *Revista de Filosofia*, v. 7, n. 1, jun. 2013, disponível em: <http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol7-n1/resenha.pdf>. Acesso em 20 abr. 2018.

ROSCHILDT, João Leonardo Marques. O princípio da igual liberdade em John Rawls: desdobramentos formais e materiais. *Revista Intuitio*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 164-179. nov. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/5996/4553>. Acesso em: 11 ago. 2018.

SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht. *Freiheit in der Republik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcos Luiz. A liberdade jurídica e suas patologias sociais segundo Honneth. *Revista Opinião Filosófica*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, mar. 2017, p. 286-303. Disponível em: <http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/701>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS E A PREVALÊNCIA DA VONTADE DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO: COMPREENDENDO A DICOTOMIA ENTRE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA E INDISPONIBILIDADE RELATIVA DE DIREITOS TRABALHISTAS

ADEQUATE FORMS OF RESOLVING LABOR CONFLICTS AND THE PREVALENCE OF THE WILL OF THE PARTIES OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN ABSOLUTE INDISPONIBILITY AND RELATIVE INDISPONIBILITY OF LABOR RIGHTS

Sergio Torres Teixeira^I 

Delmiro Borges Cabral^{II} 

^I Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

^{II} Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife, PE, Brasil. E-mail: delmiro@borgescabral.adv.br

Sumário: 1 Contextualização. 2 Direitos sociais indisponíveis. 3 Direitos sociais disponíveis. 4 Crise do Judiciário e vias adequadas de solução de conflitos. 5 Conclusão. 6 Referências.

Resumo: Com as recentes alterações promovidas na legislação trabalhista pela Lei 13.467 de 2017 (Reforma Trabalhista), o legislador procurou incentivar o uso de outros meios de solução de conflitos fora do processo judicial contencioso da Justiça do Trabalho, como a arbitragem privada e a negociação extrajudicial direta entre empregado e empregador. O estímulo à ideia de um modelo multiportas de acesso à justiça, entretanto, tem enfrentando uma certa resistência por parte de magistrados e advogados já ambientados no sistema adversarial de embate beligerante entre os litigantes. E dentre as dificuldades levantadas pelos refratores, se encontra o dogma da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, por meio do qual se nega a possibilidade do empregado de se despojar de um direito trabalhista assegurado em uma norma de ordem pública, considerando que o trabalhador é a parte hipossuficiente na relação empregatícia e como tal o destinatário de uma tutela jurídica especial. O presente texto almeja proceder a uma análise crítica de tal dogma, mediante uma incursão no ambiente da dicotomia envolvendo a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa de direitos trabalhistas, examinando como a conscientização acerca de tal bifurcação pode contribuir para viabilizar a proposta legislativa, assegurando a prevalência da vontade das partes sem ferir as normas que norteiam o ordenamento jurídico trabalhista pátrio. Utilizando o método dedutivo por meio de uma

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2939>

Recebido em: 17.01.2019
Aceito em: 09.07.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NonCommercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

pesquisa qualitativa da literatura especializada, o objetivo será conduzir um exame técnico dos novos instrumentos introduzidos pelo legislador de 2017 à luz de uma visão sem preconceitos acerca da autonomia da vontade das partes dentro dos filtros tipificados de um modelo normativo trabalhista brasileiro que se encontra em evidente evolução.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Modelo Multiportas de Acesso à Justiça. Meios Adequados de Solução de Conflitos. Disponibilidade Absoluta. Disponibilidade Relativa. Prevalência da Vontade das Partes.

Abstract: With the recent changes promoted in Brazilian labor legislation by Law 13467 of 2017 (Labor Reform), the legislator sought to encourage the use of other fórmulas of resolving conflicts outside the judicial process of the Labor Courts of Brazil, such as private arbitration and direct extrajudicial negotiation between employee and employer. The stimulus to the idea of a multiport model of access to justice, however, has faced some resistance from judges and lawyers already set in the adversarial system of belligerent conflict among litigants. And among the difficulties raised by these refractors is the dogma of the indisponibility of labor rights, by which it is denied the possibility of the employee to dispose of a labor right secured in a norm of public order, considering that the worker is the party employment relationship and, as such, the recipient of special legal protection. The present article aims to make a critical analysis of this dogma through a foray into the environment of the dichotomy involving the absolute indisponibility and relative indisponibility of labor rights, examining how awareness of such a bifurcation can contribute to the viability of the legislative proposal, prevalence of the will of the parties without violating the norms that guide the labor legal order of the country. Using the deductive method through a qualitative research of the specialized literature, the objective will be to conduct a technical examination of the new instruments introduced by the legislator of 2017 in the light of a unbiased view about the autonomy of the parties' will within the typified filters of a model labor legislation that is in evident evolution.

Keywords: Labor Reform. Multiport Access to Justice Model. Appropriate Means of Conflict Resolution. Absolute Indisponibility. Relative Indisponibility. Prevalence of the Will of the Parties.

1 Contextualização

Na literatura especializada, é praticamente unânime a ideia de que o ideal de acesso à justiça no plano constitucional repousa no direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, que garante ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pelo texto do legislador constituinte

de 1988, repetindo uma garantia prevista em sede constitucional desde a Carta de 1946 (artigo 141, §4º), qualquer cidadão tem assegurado o direito de acionar o Judiciário toda vez que se sentir em risco de sofrer um dano ou já se considerar lesado.

A ideia de acesso à justiça, nesse contexto, é resumida à ideia de acesso ao Judiciário.

O alcance de tal garantia constitucional do processo, por sua vez, sofreu uma “leve ampliação” como o legislador ordinário de 2015, que ao aprovar o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), estipulou no artigo 3º do respectivo diploma processual que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

O exame dos respectivos textos normativos deixa em clarividência a evolução.

Apreciação do “Poder Judiciário” (artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88).

Apreciação “jurisdicional” (artigo 3º do CPC/2015).

Evidente a diferença de alcance das respectivas expressões.

A expressão “apreciação jurisdicional” abrange outras fórmulas “adequadas” de solução de conflitos (a expressão “adequada” aqui sendo utilizando para evitar a expressão “alternativa”, usualmente considerada como de status inferior a uma via “primária”), próprias de um modelo multiportas de acesso à justiça, incluindo fórmulas como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

E o legislador de 2015 deixou claro nos parágrafos do artigo 3º do CPC/2015 tal quadro, ao fixar no §2º que é dever do Estado promover, sempre que possível a solução consensual do conflito, e, ainda, estabelecer no §3º que é um dever dos principais agentes processuais (o juiz, o advogado, o defensor público e o ministério público) estimular a conciliação, a mediação e outros meios consensuais de solução de conflitos.

Nada mais natural em um Estado Democrático cuja Constituição tem em seu preâmbulo a expressa previsão de sociedade fraterna comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

O debate sobre a serventia de caminhos adequados, distintos da jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, sempre foi caracterizado por polêmicas e questionamentos de lado a lado. Especialmente considerando a postura refratária de uma parte considerável de juízes e de advogados, contrários a qualquer forma de solução de conflitos individuais trabalhistas que não envolvem diretamente a presença de um magistrado trabalhista.

Inúmeros argumentos são apresentados por essa corrente contrária a fórmulas como a arbitragem privada e a mediação extrajudicial, mas sistematicamente com um uma ideia fixa: apenas o Judiciário do Trabalho

revela condições de solucionar lides individuais entre empregados e empregadores.

O presente texto busca provocar tal posição, examinando os graus de indisponibilidade que afetam aos direitos do trabalhador para aferir a licitude e legitimidade do acesso a essas fórmulas adequadas. E desde já deve ser enfatizado que não será uma defesa incondicional, pois é evidente que exigências mínimas deverão ser definidas para assegurar a lisura desses novos caminhos.

Nessa busca, serão apontadas algumas considerações de doutrinadores e, ocasionalmente, serão utilizados posicionamentos extraídos da jurisprudência dos tribunais do trabalho para melhor ilustrar uma linha de argumentação. Na maior parte do estudo, entretanto, a fonte primária será a simples observação da realidade que cerca o Judiciário do Trabalho. Serão extraídos do cotidiano da Justiça do Trabalho fragmentos da realidade contemporânea da prática forense vivenciada pelos próprios profissionais do trabalho para procurar construir uma fundamentação adequada para essa justificativa almejada.

Agora ... ao debate.

2 Direitos sociais indisponíveis

Para qualquer acadêmico de curso de graduação em direito, o estudo do Direito do Trabalho começa com a lição de que as normas trabalhistas surgiram como forma de disciplinar uma relação entre desiguais mediante a previsão de regras de proteção aos empregados hipossuficientes, de modo a promover alguma forma de equilíbrio por meio dessa proteção jurídica. Os direitos assegurados aos trabalhadores, assim, seriam irrenunciáveis, tendo em vista que são salvaguardados por normas de ordem pública.

Na legislação laboral atual, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas por parte do empregado pode ser verificada em três principais dispositivos legais na própria CLT: os artigos 9º; 444 *caput* e 468 *caput*.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Será inválido qualquer ato praticado com a finalidade de evitar a incidência das regras protecionistas ou de materializar uma fraude. Como regra geral, o conteúdo do contrato de emprego pode ser pactuado livremente, desde que não violada as normas protecionistas. E uma alteração contratual somente terá validade se, além de ser consensual, não tenha provocado qualquer lesão ao empregado. N'outras palavras, os sujeitos do contrato de emprego não podem dispor livremente do seu conteúdo ou alterar este. Tudo orbita ao redor da necessidade de assegurar uma tutela imediata ao trabalhador hipossuficiente.

Um sistema nitidamente rígido e protecionista, é esta a tradução do modelo tradicional oriundo da legislação brasileira de 1943.

Neste momento, convém esclarecer o significado de indisponibilidade. De acordo com Teixeira (2017, p.7), “indisponibilidade é uma forma que o trabalhador tem de dispor ou não de um direito seu assegurado por lei”.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 7),

Indisponibilidade, enquanto característica de um direito, abrange tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto à irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono de um direito).

Na mesma linha de raciocínio, Rodrigues (2002, p. 142) assim descreve sobre a possibilidade de um trabalhador dispor ou não de um direito trabalhista:

Por isso cremos que a noção de irrenunciabilidade pode ser expressa em termos muito mais gerais na forma seguinte: A impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.

A renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona.

Rodrigues (2002), por sua vez, também chama atenção para o fato de que, em que pese as normas trabalhistas tenham um caráter de normas de ordem pública, isso não quer dizer necessariamente que as normas de ordem pública integram o direito público. Assim, ele faz a distinção entre as duas espécies de normas: Isso porque, para o autor uma coisa é a distinção entre o direito público e o privado, bem como a vinculação do direito trabalhista dentro dessa subdivisão, e outra muito diferente é se afirmar que as normas trabalhistas possuem caráter de ordem pública.

Afirmar que as normas trabalhistas possuem um caráter de ordem pública quer dizer que o Estado considera ser mais difícil que as partes possam acordar por sua vontade própria a regulamentação de sua conduta, sem a intervenção do Estado, de maneira diversa da que foi estabelecida

pelo legislador. Entretanto, a norma de ordem pública tanto pode pertencer ao direito público ou ao direito privado.

Um bom exemplo são as normas sobre o direito de família, que fazem parte do direito civil, ramo integrante do direito privado, mas que a matéria tratada nesse ramo do direito, por sua própria natureza, são normas de ordem pública, razão pela qual não poderá as partes dispor sobre elas livremente, tendo que observar obrigatoriamente o que foi determinado pelo Estado.

E, portanto, da mesma forma que o autor acima indicado exemplificou com o direito de família, da mesma forma ocorre com o direito do trabalho. As normas que regem esse ramo do direito também são normas de ordem pública, de forma que as partes não podem dispor diferente daquilo que foi determinado pelo legislador.

E conclui Rodrigues (2002, p. 152), sobre o assunto:

A noção de ordem pública foi muito bem definida pelos autores brasileiros. Segundo *Clóvis Beviláqua* “leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. *Evaristo de Moraes Filho* também afirma: “Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral.

Assim, conclui-se que as normas de ordem pública, em que pese sejam normas que não façam parte do direito público necessariamente, são um conjunto de normas que objetivam garantir condições fundamentais da vida social, instituídas em uma comunidade jurídica, as quais, por afetarem no âmago a organização desta, não podem ser alteradas pela vontade dos indivíduos nem, se for o caso, pela aplicação de normas estrangeiras.

O artigo 9º da CLT, conforme acima descrito, estipula a nulidade “de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. O legislador de 1943 estabeleceu que qualquer ato de vontade que ofenda o estatuto mínimo de proteção ao trabalhador, inclusive quando for resultado de acordo de vontade entre as duas partes da relação de emprego, será inválido. essas cláusulas são nulas de pleno direito, e essas cláusulas declaradas nulas serão automaticamente substituídas por outras consideradas válidas dentro do ordenamento jurídico.

As normas que regulamentam as relações de trabalho, portanto, não podem ser modificadas unilateralmente pelo empregador, já que não se tratam de normas dispositivas, mas sim de normas de ordem pública. E vários autores inferem se referem ao princípio da irrenunciabilidade

dos direitos trabalhistas, fazendo uma correlação dele com a questão dos Direitos Trabalhistas serem dispostos através de normas de ordem pública.

Contudo, a indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem justralhista não tem, contudo, a mesma exata rigidez e extensão. Pode-se, tecnicamente, distinguir entre direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa.

Nesse sentido, a lição de Delgado (2018, p. 251):

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, a incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Para Delgado (2018), ainda, as normas de direito individual do trabalho são absolutamente indisponíveis quando o enfoque do direito estiver protegido por norma de interesse abstrato de uma determinada categoria. Nessa hipótese, a noção de indisponibilidade atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias, o Direito Individual do Trabalho. Desse modo, parcelas que no contexto do Direito Coletivo do Trabalho poderiam ser objeto de transação, no Direito Individual do Trabalho não podem ser modificadas, portanto. Assim, a área de indisponibilidade absoluta do Direito Individual do Trabalho é maior que a do Direito Coletivo do Trabalho.

E, continua Delgado (2018), seguindo a sua classificação entre direitos absolutamente indisponíveis, e direitos relativamente disponíveis, em relação ao Direito Individual do Trabalho, que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas também poderá ser relativa, quando o direito enfocado traduz interesse individual ou bilateral simples, que não traduz um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, por exemplo, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável por exemplo): Essa modalidade salarial pode se alterar, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador.

As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado (art. 468 CLT). O ônus da prova do prejuízo, entretanto, caberá a quem alegue sua ocorrência, insto é, ao trabalhador, já que não há prova sobre fato negativo.

Outro ponto a ser abordado é que, a partir do momento em que um trabalhador pode dispor de um direito seu, a definição acerca de qual

a fórmula por meio do qual tal despojamento deve ser materializado: a renúncia e a transação. De acordo com Delgado (2018), a renúncia é um ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiária pela renúncia. Já a transação é um ato bilateral ou plurilateral, pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mas dessa vez mediante concessões recíprocas, ou seja, há um despojamento de direitos recíproco de ambas as partes, envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (a chamada *res dúbia*).

Ao lado dessas duas formas de disposição de direitos, existem fórmulas variadas de solucionar conflitos. Dentre os métodos consensuais, devem ser destacadas a composição e a conciliação. Ainda de acordo com DELGADO (2018), a composição é um ato bilateral ou plurilateral, através do qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante o reconhecimento da respectiva titularidade de tais direitos e obrigações pelas partes. Reconhece-se a titularidade de um direito, assumindo-se a respectiva obrigação, ao passo que na transação é diferente, pois produzem-se concessões recíprocas sobre situações fático-jurídicas duvidosas, com o objetivo de se conferir solução à divergência.

Por fim, Delgado (2018) afirma que a conciliação é um ato judicial através do qual as partes que já se encontram em litígio num processo, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto do processo judicial, mas sob interveniência de uma autoridade jurisdicional. Assim, a conciliação se distingue das três figuras acima mencionadas pelo fato de ser feita perante uma autoridade jurisdicional, necessariamente no corpo de um processo judicial, e, por fim, a conciliação poderá abarcar direitos trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

E, no âmbito do direito individual do trabalho, os requisitos jurídico-formais para que um trabalhador possa se despojar de seu direito são os mesmos requisitos clássicos constantes do direito civil, já que esses institutos têm origem no direito privado: agente capaz, higidez da manifestação do agente, objeto válido e forma prescrita ou não proibida por lei.

Porém, mesmo estando presentes os requisitos acima, para que o trabalhador possa se despojar de seu direito através da renúncia e da transação, há, como já foi mencionado, uma parcela de direitos que são absolutamente indisponíveis, e que o trabalhador não pode abrir mão em hipótese alguma. Tratam-se de direitos que garantem um patamar civilizatório mínimo, que foram conquistados ao longo dos anos, bem como normas que protegem a saúde física e mental do trabalhador.

Para ser indisponível, um direito deve ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade. Mesmo a vontade de seu titular não pode ensejar a respectiva transferência subjetiva, levando à completa vedação à sua alienação a qualquer título. De igual forma, para ser caracterizado pela indisponibilidade, o direito não pode ser despojado pelo seu titular, que não poderá abdicar do mesmo. Exemplos de direitos indisponíveis são os direitos da personalidade, previstos expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis no artigo 11 do Código Civil Brasileiro.

Em relação aos direitos do trabalhador, são absolutamente indisponíveis, naturalmente, os direitos do trabalhador que também se enquadram como direitos da personalidade, como os relativos à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral. Não será admissível, assim, a alienação ou a abdicação do direito do trabalhador a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos pela legislação laboral específica e em sintonia com as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria. São igualmente alcançadas pela indisponibilidade absoluta direitos como o relativo à anotação do contrato de emprego na carteira profissional, não apenas por se tratar de algo que atrai diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias, mas também por estar diretamente vinculado a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Então, resta claro que existem parcelas de direitos trabalhistas que são completamente indisponíveis. Por exemplo, não existe relação de emprego sem que haja pagamento de salário em troca. Porém, o que pode ocorrer é a flexibilização dessa forma de pagamento de salário. Isto é, o salário que era fixo poderá ser acordado para ser apenas salário por comissão, mas isso desde que não cause nenhum prejuízo ao trabalhador. Da mesma forma o trabalhador que faz um empréstimo, ele pode destinar determinada parcela de seu salário para que seja descontada em folha, diretamente pelo seu empregador e passar para a instituição financeira da qual pegou o empréstimo. Assim, o que não pode o trabalhador é abrir mão de seu salário, trabalhar sem receber salário. Isso não é permitido pela lei, pois o salário é uma questão de indisponibilidade absoluta, não existe trabalho sem a correspondente contraprestação financeira que é o salário.

Então são direitos absolutamente indisponíveis os direitos do trabalhador que se relacionam com a sua personalidade, bem como aqueles direitos que se relacionam com a integridade física, psíquica e moral de um trabalhador, uma vez que todo trabalhador tem direito a um meio ambiente saudável de trabalho, sem nenhuma espécie de perseguição.

Também são indisponíveis todos os direitos que se relacionam com a proteção da saúde do trabalhador, já que todos tem direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos na

legislação trabalhista específica sobre o assunto e que está em sintonia com as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria.

Também é indisponível o direito do empregado ter o contrato de trabalho anotado na CTPS, pois atrai diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias, como também está diretamente ligado à dignidade humana do trabalhador.

3 Direitos sociais disponíveis

Como já visto, não são todos os direitos trabalhistas que são indisponíveis. Boa parte dos direitos do trabalhador são disponíveis, principalmente quando se tratam de direitos patrimoniais, e que envolvem tão somente questões financeiras.

Ainda há outros direitos que são também indisponíveis, mas já pode se verificar uma diferença em relação aos direitos acima citados. Por exemplo, não existe contrato de trabalho sem o pagamento da prestação do salário. Porém, o direito de receber um qualitativo de salário por parte do trabalhador, pode ser objeto de transmissão. Então, abrir mão do pagamento do salário não é possível, mas ceder parte do salário, retendo na própria folha, para pagamento de um empréstimo, isso é possível, dentro dos limites estabelecido na lei, pois não é possível um trabalhador ceder seu salário de forma integral.

Há uma outra gama de direitos do trabalhador que são direitos patrimoniais, e que eles ainda podem de alguma forma ser despojados por parte do trabalhador: São os direitos quando existe uma incerteza subjetiva, ou seja, quando existe a *res dúbia*. É importante diferenciar em cada caso concreto aqueles direitos patrimoniais que, inequivocamente, são de titularidade do trabalhador de um lado, e, de outro, aqueles direitos reivindicados por imprescindível distinguir quando existe a *res dúbia* (coisa duvidosa). Nessa hipótese existe incerteza subjetiva quanto à existência ou não de um direito patrimonial. Quando há tal dúvida dentro de um quadro conflituoso ainda não solucionado, envolvendo sujeitos capazes, e agindo de boa-fé, há disponibilidade sobre os direitos patrimoniais objeto do conflito, pois a incerteza subjetiva enseja a mitigação de eventuais restrições oponíveis apenas diante da certeza da existência de um direito.

Dessa forma, já é possível se chegar à conclusão que existem direitos trabalhistas que são disponíveis por parte do trabalhador, ou seja, que nem todos os direitos são indisponíveis, e principalmente aqueles direitos de caráter apenas patrimonial. E, ao se observar a evolução da legislação, como também outros aspectos, restará comprovado que na

prática, a famosa indisponibilidade dos direitos trabalhistas é efetivamente mitigada em ainda maiores dimensões.

O primeiro ponto a ser considerado, e que corrobora com a ideia de que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta, está inserida na própria lei: é a prescrição. Como poderá se observar, apenas o direito à anotação da Carteira Profissional é um direito imprescritível. Todos os outros direitos patrimoniais podem ser perfeitamente fulminados pelo instituto da prescrição, insculpido no texto constitucional.

Como leciona Rodrigues (2002, p. 206-207):

Embora cada sujeito seja livre para decidir quando irá exercê-los, essa liberdade não é ilimitada. Ou, melhor dizendo, a oportunidade em que se exercita cada direito nem sempre é indiferente, sob o ponto de vista da eficácia do próprio direito.

Nesse sentido cabe recordar, com *Gottschalk*, três institutos que podem ser afetados pela virtualidade de um direito como consequência de seu não exercício no tempo: a prescrição, a decadência e a preclusão.

A primeira consiste na perda da ação emergente de um direito, como consequência do transcurso de certo prazo, durante o qual aquele direito não foi exercido.

Disso decorre que a prescrição que interessa em matéria trabalhista é a extintiva ou liberatória.

Ou seja, a partir do momento que um trabalhador não utiliza o seu direito de ação garantido por lei, esse direito será fulminado pelo instituto da prescrição, de forma que ele não poderá mais se valer da ação para vir a cobrar seus créditos em juízo. Desse modo, a inércia do trabalhador, ao não manusear a ação judicial dentro do respectivo lapso temporal, leva à perda do direito de movimentar a máquina judiciária para buscar a tutela estatal do seu direito.

E, levando-se em consideração que apenas o direito à anotação do contrato de trabalho do empregado em sua carteira profissional não é atingida pelo instituto da prescrição, nos termos do artigo 11, §1º da CLT, e todos os demais direitos patrimoniais do trabalhador estão sim sujeitos à prescrição extintiva, já fica clara e evidente uma relativização à tese da indisponibilidade.

Outro prova que a própria lei disponibilizou um outro direito trabalhista foi quando houve alteração na Consolidação das Leis do Trabalho extinguindo-se o antigo sistema da estabilidade decenal, onde vigorava o princípio de que os contratos de trabalho eram por prazo indeterminado, e o empregado só poderia ser demitido se houvesse uma justa causa para isso; havendo a alteração desse sistema para o sistema do FGTS, e que o empregador passou a poder demitir o empregado sem justa causa, sem nenhuma justificativa, desde que pagasse a rescisão do trabalhador com as novas regras.

Mesmo os tribunais do trabalho vêm admitindo que boa parte dos direitos trabalhistas são imantados com a disponibilidade relativa, principalmente os direitos patrimoniais. Até o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento acerca da disponibilidade (ao menos em parte) dos créditos do trabalhador.

Nesse sentido, as letras da Súmula nº 54 da respectiva alta corte laboral brasileira, ao admitir como lícito o acordo entre um empregador e o seu empregado portador da antiga estabilidade decenal do artigo 492 da CLT, definindo a cessação consensual do contrato de emprego mediante o pagamento de um montante correspondente a pelo menos 60% da indenização por tempo de serviço em dobro:

Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (Sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.

Outro ponto a considerar que comprova que os direitos trabalhistas não são absolutamente indisponíveis, diz respeito às férias do trabalhador. Da mesma forma que o salário, que já foi mencionado acima, o trabalhador não pode dispor, não pode renunciar de forma integral ao salário, porém poderá abrir mão de parte de seu recebimento, em algumas situações e dentro do limite da Lei, acontece assim também com as férias.

O instituto das férias é norma de proteção à saúde do trabalhador, pois trata de proteger o descanso anual, adquirindo o direito ao seu gozo depois de um ano de trabalho. O trabalhador não poderá abrir mão de seu direito de férias, e a regra geral nos contratos de trabalho por prazo indeterminado é que o empregado tem direito a gozar 30 dias de férias, a não ser que tenha que descontar faltas injustificadas, de acordo com a própria Consolidação do Trabalho.

Porém, antes mesmo do advento da Lei da Reforma Trabalhista, em que pese o trabalhador não pudesse abrir mão de seu direito de férias, a CLT já possibilitou que o trabalhador vendesse parte de suas férias, tendo criado o chamado “abono de férias”, através do Decreto-Lei nº 1535/1977. A partir da existência desse Decreto-Lei, passou a existir a possibilidade de o empregado requerer ao seu empregador a conversão em dinheiro de 1/3 de suas férias anuais, o que equivaleria a 10 dias, considerando-se as férias padrão de 30 dias.

E a figura do abono de férias, criada por um Decreto-Lei, foi trazida para a CLT. Vejamos a opinião de Delgado (2018, p. 1182):

A figura ora em análise caracteriza-se como parcela indenizatória resultante da conversão pecuniária do valor correspondente a um terço do valor do período de férias (art. 143, CLT). É interessante

perceber que esse abono celetista de férias é calculado sobre o valor global das férias: Logo, considera, inclusive, o terço constitucional das férias. A equação assim se expõe: Abono pecuniário de férias (Art. 143 da CLT) (Férias + 1/3): 3

Tem o abono celetista de férias também natureza jurídica indenizatória, por reparar o obreiro pelo não gozo da parcela de férias (ideia de ressarcimento). Embora esse caráter já seja claro da estrutura e dinâmica do instituto, a própria Lei teve o cuidado de enfatizar a natureza não salarial da parcela (Art. 144 da CLT).

Dessa forma, antes mesmo da Lei da Reforma Trabalhista entrar em vigor, já existia a possibilidade de o trabalhador “flexibilizar” o seu direito de gozo de 30 dias de férias, a partir do momento que a lei introduziu o abono de férias, vendendo um terço das férias.

E, a partir do momento que a Lei nº 13.467/2017 entrou em vigor, o gozo das férias pôde ser fracionados em 3 vezes, o que não era admitido antes. O artigo 134 da CLT agora permite que o empregado possa parcelar o gozo das férias em até 3 períodos. Mas isso desde que o empregado concorde com o empregador nesse ponto.

Entretanto, essa modificação na legislação trabalhista já era uma posição que o Brasil adotava, a partir do momento em que o País ratificou a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1970. Essa convenção, se tornou tratado, e o que ele exige é que o empregado não possa ter menos de 14 dias consecutivos de férias em cada período.

Dessa forma, percebe-se de forma clara e evidente que as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 mais uma vez corroboram acerca da ideia de que os direitos trabalhistas patrimoniais são sim relativamente disponíveis por parte do empregado, dentre do limite autorizado pela própria lei, como nos exemplos acima citados.

Diariamente na Justiça do Trabalho é possível se verificar as partes conciliarem nos processos, nas audiências, perante o magistrado trabalhista, seja na fase de conhecimento, na primeira ou segunda instância, como também na fase de execução.

Dentro de tal quadro de transmissibilidade e alienabilidade (mesmo daquilo que ainda é certo), há espaço para falar em indisponibilidade absoluta de direitos patrimoniais trabalhistas?

Se tal convite a uma reflexão não é suficiente para derrubar o dogma em questão, então é necessário enfrentar a seguinte realidade: diariamente, milhares e milhares de empregados celebram conciliações judiciais nas quais, com grande frequência, há renúncia explícita a direitos trabalhistas patrimoniais.

Para chegar a um valor que a empresa tenha condições de assumir ou para assegurar que haverá o pagamento de pelo menos uma parcela do

valor devido por uma empresa em dificuldades financeiras, são incontáveis os motivos que o juiz do trabalho, com as melhores das intenções e como resultado do seu esforço hercúleo para cumprir a missão constitucional de pacificar com justiça, apresentada para justificar uma homologação de termo de conciliação judicial que, quando tem as suas cláusulas lidas à luz de todos os elementos do processo, refletem uma inequívoca constatação: o empregado teve de abdicar de algo para obter a anuência do empregador e celebrar o acordo judicial.

Uma conciliação judicial celebrada na fase de execução do julgado, por exemplo, quase sempre implica em alguma forma de renúncia do empregado, pois, via de regra, com tal acordo o respectivo credor abdica de receber 100% daquilo que constava como imutável dentro do respectivo título executivo judicial.

Dessa forma, diante do que foi acima lecionado, podemos concluir que diariamente, ao se conciliar, nos processos judiciais, perante um juiz do trabalho, um trabalhador está renunciando a um direito trabalhista seu, principalmente quando esse processo já transitou em julgado e se encontra na fase de execução, pois nesse caso já tem 100% de certeza de seu direito, e mesmo assim é possível celebrar acordos no processo, fica evidente a mitigação da tese da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos créditos trabalhistas, principalmente em se tratando dos direitos patrimoniais.

Dessa forma, já não restam dúvidas de que não se enquadra mais na atual realidade do país o chamado mito de que todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis.

4 Crise do Judiciário e vias adequadas de solução de conflitos

O atual cenário do Poder Judiciário Trabalhista do Brasil, diante de tudo que foi anteriormente mencionado, se encontra num momento bastante crítico. Ao menos, este foi um dos motivos apresentados pelos legisladores a reforma trabalhista que teve o condão de tentar amenizar essa situação.

A Justiça do Trabalho, por maior que sejam os esforços de seus integrantes, enfrenta sérias dificuldades para superar esses obstáculos quantitativos e cumprir a sua missão jurisdicional de entregar uma resolução judicial adequada, entregando aos jurisdicionados que a procuram a devida prestação para solucionar os conflitos oriundos das relações de trabalho.

São demandas em números excessivos para julgadores (e servidores) em números insuficientes e tal realidade estrutural representa um desafio à garantia constitucional do direito do cidadão a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Política de 1988).

E, em linhas gerais, a grande preocupação do quadro acima narrado é que a grandeza de uma justiça não é medida pela quantidade de processos que ela recebe por ano. O fato de a Justiça do Trabalho receber um número milionário de processos, não significa dizer que ela é uma justiça que atua de forma legítima em responder aos anseios dos jurisdicionados, bem como da sociedade.

E sua perda de legitimidade ocorre justamente no momento em que atua com demora excessiva ao responder aos litígios, não apenas para solucionar os conflitos trabalhistas na fase de conhecimento, como também na fase de execução, em que efetivamente entrega ao jurisdicionado a prestação jurisdicional.

E vários podem ser os exemplos que podem ser utilizados para indicar o caos que está instalado na Justiça do Trabalho, como as longas pautas de audiências, sentenças atrasadas, recursos lentos e estagnados e execuções sem fim. Nessa linha de pensamento, fórmulas precisam ser encontradas urgentemente para desafogar a Justiça do Trabalho, antes mesmo que se chegue a um colapso total. Mas já se pode dizer que existe esperança através de formas alternativas para a solução de conflitos de direito individual do trabalho, que não seja através da Justiça do Trabalho, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, ao implantar métodos extrajudiciais de solução de conflitos, e que devem ser encaradas como vias parceiras do Poder Judiciário, e não como vias concorrentes.

Como poderá se verificar em Didier Júnior (2017, p. 305), o doutrinador afirma que Institui-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; art. 3º, §§2º e 3º do CPC). Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento de cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz.

A cultura da paz, manifestada inclusive no Preâmbulo da Constituição da República de 1988 ao enfatizar que o Brasil é “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, resta manifestada de forma ainda mais clara na evolução legislativa relacionada ao ideal de inafastabilidade do controle jurisdicional.

No texto da Carta Política de 1988, o legislador constituinte assegurou como direito fundamental do cidadão no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, enfatizando a posição do Estado-Juiz como administrador da justiça.

O legislador de 2015, por sua vez, consagrou no texto da Lei nº 13.105 (o Código de Processo Civil contemporâneo) uma visão mais abrangente do alcance do respectivo princípio, conforme retratado no texto do caput do seu artigo 3º: “art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Na nova visão, o Poder Judiciário não é o único administrador da atividade jurisdicional. Tanto que o §1º do mesmo artigo 3º do Código de Processo Civil (CPC) expõe que os litigantes podem optar pela arbitragem, dentro das diretrizes da Lei nº 9.307 de 1996 (É permitida a arbitragem, na forma da lei).

Ainda mais relevante, entretanto, foram as disposições nos dois parágrafos subsequentes do mesmo artigo 3º do CPC.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O §2º expõe que é dever do Estado incentivar fórmulas consensuais de solução de conflitos judiciais, sempre que tal caminho seja possível. O próprio Estado-Juiz, destarte, deverá estimular litigantes a buscarem preferencialmente meios de resolução nos quais se sobrepõe a consensualidade entre os sujeitos em disputa.

O entendimento gerando a paz. A negociação pacífica, pois, superando o embate típico das disputas judiciais.

O §3º, por seu turno, estabelece o que dever de incentivar os meios consensuais não apenas do Estado, mas igualmente dos profissionais do direito que habitualmente assumem o protagonismo nesses embates: juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público.

O legislador de 2015, por conseguinte, não se limitou a atribuir abstratamente ao Poder Público o dever de estimular fórmulas consensuais de pacificação. Estabeleceu tal incumbência também para os magistrados, os advogados públicos e privados (inclusive os da defensoria pública) e os integrantes do *parquet*. Mesmo as figuras usualmente associadas à disputa judicial e à ideia do embate, portanto, assumem a função de buscar promover os meios de solução como a mediação e a conciliação, nos quais prevalece a consensualidade como o caminho de proporcionar a paz social.

Nesse sentido, Didier Júnior (2017, p. 306):

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de um princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Observe-se também que as formas consensuais de solução de conflito não são meros meios auxiliares, secundários ou mesmo alternativos. São fórmulas equivalentes à via judicial contenciosa enquanto meios aptos à produção de uma solução satisfatória do conflito. O legislador de 2015, entretanto, expressamente estipulou a preferência pelos métodos de solução consensual.

Por sua vez, o Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a prática da autocomposição, com edição de diversas Leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo com extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei nº 13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição perante o Poder Público, em particular.

Dessa forma, é possível concluir que o Código de Processo Civil trouxe inovações que romperam com antigos padrões culturais e sociais, de forma que atualmente o sistema processual brasileiro incentiva bastante a autocomposição dos conflitos. Ou seja, incentiva que as próprias partes solucionem o seu conflito em vez de buscarem o Estado-juiz, e este decidir o conflito dos jurisdicionados através de uma sentença.

Importante salientar que desde o sistema absolutista, em que o Estado muito intervinha na vida particular, era uma característica da qual o Brasil comungava. E essa cultura se propagou aqui no Brasil até os dias atuais, de forma que, em função do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 as partes tem ampla e total liberdade para acionar o Poder Judiciário, para busca de solução de qualquer conflito de interesse, inclusive ameaça de lesão a Direito. E assim a sociedade se acostumou, em ter um Poder Judiciário como um grande pai protetor, que sempre resolvia seus problemas, principalmente levando-se em consideração o cenário atual brasileiro, em que os outros dois poderes da República, o Executivo e o Legislativo encontram-se passando por uma crise sem precedentes.

Porém, as inovações do CPC/2015 permitem que todas as formas de soluções alternativas de conflitos sejam estimuladas pelos Órgãos do Estado, bem como pelos advogados. Tanto que como defende Didier Júnior (2017, p. 306):

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de um princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Esse novo caminho de preferência pelos métodos consensuais e estímulo às respectivas fórmulas por parte do próprio Estado e dos protagonistas das carreiras jurídicas tradicionais têm múltiplas causas. O caminho trilhado pelo legislador de 2015, assim, decorreu do reconhecimento da dificuldade do Poder Judiciário em enfrentar, mesmo com a sua moderna estrutura e o empenho e dedicação dos seus integrantes, os números estarrecedores provocados pela incessante litigiosidade da sociedade brasileira. De igual forma, o novo ordenamento reconhece implicitamente a maior satisfatividade produzida pelas fórmulas consensuais em virtude da natural aceitação aos termos construídos conjuntamente em uma solução negociada (em comparação com uma resolução imposta pelo Estado-Juiz por meio de sentença de força vinculante sobre os litigantes).

A preferência pelos meios consensuais manifestada pelo legislador de 2015, por outro lado, também decorre das características atrativas das respectivas fórmulas, como a confidencialidade, a celeridade e a economia. Nesse sentido, a duração menor do procedimento e os custos reduzidos, quando comparado a um processo judicial contencioso, são fatores que tornam mais atraente a mediação e a conciliação. E a vantagem de evitar a publicidade típica da demanda judicial, permitindo que as peculiaridades do litígio permaneçam apenas entre os diretamente envolvidos na busca pela sua solução, é igualmente desejável para aqueles que não revelam interesse em compartilhar questões que julgam privadas e íntimas.

A opção do legislador infraconstitucional pelo caminho da paz encontra amparo em vários elementos da Carta Política de 1988. Observe-se além do anteriormente destacado trecho do seu preâmbulo, por exemplo, o seu artigo 1º, inciso III, no qual a Carta Magna apresenta como um de princípios fundamentais da nação brasileira a dignidade da pessoa humana. Ainda, no seu artigo 3º, no qual são traçados os objetivos da República, há expressão menção à meta de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O recente prestígio outorgado aos métodos consensuais, na realidade, traduz uma tendência internacional, conforme destaca Vasconcelos (2018, p. 71):

A ideia de uma corte de múltiplas portas (*multidoor courthouse*), qual seja, um Tribunal comprometido em apoiar e induzir a adoção de métodos mais adequados de resolução de disputas, tais como a mediação, a conciliação, a negociação, a avaliação neutra, a arbitragem e outros, é atribuída ao prof. Frank Sander, de Harvard, em palestra de 1976. Tal conceito e práticas, tiveram, inicialmente, maior difusão entre os países da *Common Law* e vêm paulatinamente ganhando expressiva dimensão em outros sistemas de justiça.

Além do texto do artigo 3º do CPC, o legislador de 2015 promoveu outras alterações refletidas nas letras do respectivo diploma processual que ratificam e reforçam esse tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (artigos 165 a 175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (artigos 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo com extrajudicial de qualquer natureza (artigo 515, III; artigo 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (artigo 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei nº 13.140 de 2015, por seu turno, disciplina de forma pormenorizada a mediação, em geral, e a autocomposição perante o Poder Público, em particular.

Considerando os impactos da nova tendência no âmbito da Justiça do Trabalho, observa-se que a Lei nº 13.467 de 2017 também trouxe inovações envolvendo os métodos de solução de conflitos laborais. Ao introduzir um novo capítulo na CLT, o Capítulo III-A, o legislador que promoveu a denominada Reforma Trabalhista disciplinou o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho.

Tradicionalmente, sempre existiu uma resistência muito forte à admissibilidade de soluções extrajudiciais de conflitos individuais trabalhistas, usualmente sendo invocados o dogma da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, uma vez que estariam protegidos por normas de ordem pública. A Reforma Trabalhista, entretanto, prosseguiu na onda renovadora iniciada com o CPC de 2015 e quebrou um mito ao introduzir o citado capítulo na CLT.

Como leciona Teixeira Filho (2017, p. 63):

A justificativa do Projeto de Lei foi baseada em “reduzir a litigiosidade das relações trabalhistas, e a forma pela qual estamos buscando implementar esse intento é o estímulo à conciliação extrajudicial. Se houver uma composição prévia entre as partes, reduz-se sensivelmente o ingresso de ações na Justiça do Trabalho.”

O legislador de 2017, para evitar discussões envolvendo o âmbito da competência da Justiça do Trabalho para atuar na homologação de acordo judiciais, promoveu duas mudanças no artigo 652 da CLT.

Primeiro, substituiu a expressão “Junta de Conciliação e Julgamento” por “Varas do Trabalho” no *caput* do artigo. A intenção foi modernizar o texto, adaptando a CLT à realidade dos órgãos monocráticos de primeiro grau que sucederam aos órgãos colegiados extintos juntos com o fim da representação classista em 1999. Ocorreu, entretanto, um evidente erro terminológica, uma vez que a Vara do Trabalho é um mero órgão administrativo e não um órgão jurisdicional. Nos moldes do artigo 111 da Constituição da República de 1988, portanto, o legislador deveria ter utilizado a expressão “Juízes do Trabalho”.

Além da alteração no *caput*, foi acrescentada ao artigo 652 consolidado a sua atual alínea “F”: “f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

O respectivo dispositivo atribui competência ao juiz do trabalho para decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial, em matéria de competência da Justiça do Trabalho. O legislador de 2017, pois, optou por explicitar a competência do juiz do trabalho para o instituto novo criado pela Reforma Trabalhista, evitando polêmicas que poderiam surgir diante da resistência tradicional a meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Nos artigos 855-B a 855-E, o legislador de 2017 introduziu na CLT as regras procedimentais envolvendo o processo de jurisdição voluntária de homologação de acordos extrajudiciais, apresentando exigências como a apresentação de uma petição comum das partes, mas com cada interessado sendo representado por seu próprio advogado, vedando a representação conjunta. O novo modelo de rito, de igual modo, estabeleceu que o juiz do trabalho, caso entenda necessário para esclarecer algo relativo à forma ou ao conteúdo do negócio jurídico apresentado para chancela judicial, poderá designar uma audiência na qual poderá tratar de tais questões diretamente com o empregado e o empregador que celebraram o acordo.

Outra modificação legislativa de grande relevância promovida pela Reforma Trabalhista foi a inclusão na CLT do artigo 507-A. O respectivo dispositivo estipula a possibilidade de celebração de cláusula compromissória de arbitragem, em contratos envolvendo “hipersuficientes” ou “altos empregados” cuja remuneração ultrapassa duas vezes o teto máximo de benefícios previdenciários. Desde que haja iniciativa ou ao menos anuência do empregado e sejam observadas as prescrições da Lei nº 9.307 de 1996, as partes podem incluir no contrato de emprego uma cláusula estipulando a opção pela via arbitral caso venha a surgir um conflito entre os mesmos.

Dessa forma, ao introduzir na CLT dispositivos destinados a disciplinar outras formas de solução de conflitos trabalhistas além da jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, o legislador de 2017 assumiu

uma postura em sintonia com o legislador de 2015, moldando o modelo trabalhista ao modelo processual civil de estímulo aos meios adequados de pacificação de lides.

E mais. O ordenamento jurídico pátrio passou a reconhecer a importância da primazia da vontade das partes na solução de seus conflitos. Como aliás, revela a presente ementa, oriunda de decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA (Lei 13.467 de 2017). INCENTIVO A FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO CONTENCIOSA. PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO GERAL DE DIREITOS ORIUNDOS DO CONTRATO, COM RESSALVA APENAS DE DIREITOS EXTRA CONTRATUAIS E DE EVENTUAL “FUTURO” DIREITO, AINDA NÃO MATERIALIZADO QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO, COMO O DIREITO DECORRENTE DE PROBLEMA DE SAÚDE QUE PORVENTURA VENHA A SURGIR POSTERIORMENTE E COM CONEXÃO AO TRABALHO DESENVOLVIDO NA EMPRESA. ACORDO CELEBRADO SEM QUALQUER DEFEITO FORMAL OU MATERIAL. VALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDAS RECÍPROCAS. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS INTERESSADOS EM TRANSACIONAR. DEVER DO ESTADO EM PROMOVER, SEMPRE QUE POSSÍVEL, A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS E DEVER DO JUIZ DE ESTIMULAR MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE LIDES (ART. 3º, §§2º e 3º, do CPC de 2015). SINTONIA COM O PERFIL DE UMA SOCIEDADE FRATERNAL COMPROMETIDA COM A SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS (PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). RECURSO PROVIDO PARA HOMOLOGAR O ACORDO EXTRAJUDICIAL. O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, previsto nos artigos 855-B a 855-E da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), estabelece o seguinte protocolo: 1) distribuída a petição, que deverá conter o instrumento do acordo cuja homologação é pretendida e ser apresentada por todos os respectivos interessados, cada qual com o seu próprio advogado, em seguida, o magistrado exercerá um juízo de admissibilidade sobre a ação e, sendo a mesma admitida, procederá a um exame acerca do conteúdo do respectivo pacto extrajudicial; 2) analisado o instrumento, o magistrado passa a ter três opções: a) poderá proferir, desde logo, sentença indeferindo o pedido de homologação, caso entenda que haja motivo para a rejeição, devendo fundamentar de modo claro e preciso a sua decisão; b) poderá proferir sentença homologando o acordo, caso entenda que todos os requisitos de validade do negócio jurídico foram atendidos; e c) poderá designar uma audiência para esclarecimentos e eventual instrução, caso entenda necessária diligências de tal natureza para melhor aclarar a matéria objeto do acordo, e, em seguida, proferir uma sentença nos moldes de uma das letras anteriores. Destarte, com a edição da Lei nº 13.467/17,

passou a ser possível, na Justiça do Trabalho, em sede de jurisdição voluntária, a homologação de acordo extrajudicial, por meio do qual as partes, acompanhadas de seus respectivos patronos, manifestam livremente as parcelas que estão sendo objeto da transação, bem como a sua extensão da respectiva quitação. A via dos métodos consensuais de solução de conflitos, como caminho alternativo à jurisdição contenciosa, não apenas está em plena sintonia com a ideia de acesso à justiça dentro de um modelo multiportas, mas a promoção de soluções consensuais sempre que possível corresponde a um dever do Estado (artigo 3º, §2º, do CPC/2015) e o seu estímulo dentro e fora do processo judicial um dever do próprio juiz (artigo 3º, §3º, do CPC/2015). A opção pelos métodos consensuais de solução de conflitos corresponde, na realidade, à concretização do perfil definido no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil como a de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Quanto à possibilidade de constar, no acordo extrajudicial, cláusula expressa no sentido de que as partes se comprometem a não mais reclamar acerca da relação de trabalho objeto do acordo, entende este Relator que não há qualquer óbice na sua validação quando demonstrada a livre manifestação de vontade dos interessados e a existência de contrapartidas recíprocas no negócio jurídico celebrado sem qualquer vício, principalmente quando se leva em consideração que, na hipótese, as partes expressamente destacaram, em audiência, que a quitação geral pretendida não atinge eventual direito que no futuro porventura venha a surgir em virtude de problema de saúde ora imprevisto e posteriormente vinculado ao trabalho desenvolvido pelo obreiro na empresa. Recurso a que se dá provimento, para reformar a decisão de 1º grau e homologar o acordo extrajudicial apresentado pelas partes interessadas. (Processo 0000619-72.2018.5.06.0141. 1ª Turma do TRT6. Relator Desembargador Sergio Torres Teixeira. Publicado no DEJT em 19.12.2018)

É óbvio que, para a legitimidade dessas fórmulas adequadas como a arbitragem e a mediação extrajudicial, é imprescindível um alto padrão ético dos sujeitos que estarão envolvidas nessas atividades, como mediadores, árbitros, e até mesmo as próprias partes. Tal eticidade qualificada deve ser sempre exigida como pressuposto básico da legitimidade e validade dos meios adequados.

E a ética terá que ser observada e cobrada mais que nunca, pois a chave para um bom funcionamento das vias alternativas será a cobrança por um alto padrão ético para todos os envolvidos, mesmo que isso não esteja cobrado na letra fria da Lei.

Desse modo, as modificações na lei já foram feitas, as ferramentas já existem, tanto na lei processual civil como na lei trabalhista, de forma que o que se precisa é apenas que venham ser implantadas e aplicadas. A sociedade também precisa compreender esse modelo multiportas de acesso à justiça, entender as novas fórmulas existentes, de forma que tenha o conhecimento e a confiança que o caminho das fórmulas adequadas no

cenário atual é efetivamente um percurso mais célere para a solução de conflitos.

5 Conclusão

Ao final dessas constatações, observa-se que o objetivo originalmente traçado foi alcançado, tendo em vista que fora exposta uma diferenciação em relação aos tipos de direitos trabalhistas disponíveis e indisponíveis, iniciando o estudo a partir da diferenciação do que seriam direitos absolutamente e relativamente indisponíveis, bem como a diferença entre renúncia e transação, que são institutos do Direito Civil mas são formas de disposição de direito.

Restou evidenciado que nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis, e que principalmente os direitos patrimoniais são direitos relativamente disponíveis, dentro dos limites permitidos e autorizados por lei. Ou seja, o próprio trabalhador pode dispor, independentemente de serem direitos de ordem pública, como já exaustivamente mencionado nesse artigo.

Entretanto, diante dos números que foram apontados para o Judiciário Trabalhista atualmente, o qual no cenário atual não consegue responder aos anseios da sociedade, respondendo de forma célere, eficaz, justa, e até mesmo útil às suas decisões judiciais, e diante das inovações trazidas pelo CPC de 2015 e pela Lei da Reforma Trabalhista, é importante salientar que as formas alternativas de soluções de conflitos não são concorrentes do Poder Judiciário, mas devem ser encaradas como formas alternativas, porém no sentido de auxiliar, ajudar.

A Justiça do Trabalho começa a perder a sua credibilidade a partir do momento em que não consegue dar conta da quantidade de processos que recebe por ano para julgar. E, neste cenário onde a Justiça do Trabalho está passando por um momento bastante delicado, é de extrema importância a conscientização por parte de seus membros acerca da utilização adequada e com parceria das formas alternativas de solução de conflitos podem ser um meio de melhorar a qualidade da Justiça do Trabalho. Então, as exigências existentes precisam ser quebradas. A consciência precisa ser modificada.

Por sua vez, a sociedade brasileira também precisa modificar a sua forma de pensar, e deixar de ver o juiz como um grande pai que resolve tudo. Hoje é claro e evidente que, no atual cenário que o Brasil atravessa, o Poder Executivo e o Poder Legislativo brasileiro são vistos como dois poderes desacreditados, de forma que tudo é jogado em cima do judiciário, razão pela qual esse Poder se encontra completamente assoberbado, não

só na esfera trabalhista mas em todas as esferas. Tanto que, o Judiciário muitas vezes se vê obrigado a legislar o que o legislativo não legislou, ou mesmo executar o que o executivo deixou de fazê-lo. E assim, com o crescente aumento de demanda, não tem dado conta de corresponder aos anseios da sociedade, razão pela qual se as alternativas, ferramentas, que já foram criadas e trazidas para lei não forem utilizadas, a Justiça do Trabalho também poderá entrar num momento de colapso. Assim, essas vias adequadas devem ser utilizadas como fórmulas parceiras, caminhando junto com o Poder Judiciário, e não representando uma concorrência à jurisdição contenciosa do Estado.

As fórmulas de mediação e de arbitragem estão à disposição dos interessados. O dogma da indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas se revelou superável. Agora, incumbe aos protagonistas da Justiça do Trabalho, de juízes a advogados, cumprir o seu dever de estimular os protagonistas da relação de emprego, empregado e empregado, a buscar as formas adequadas à solução de conflitos, numa atuação harmoniosa e em plena sintonia com o maior objetivo de todos: a pacificação social.

É este o caminho a percorrer.

6 Referências

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho – CEPTST*. Brasília. Disponível em: <http://www.trt.jus.br/estatistica-tst>. Acesso em 16 abr. de 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Comentários à reforma trabalhista*. 2 reimp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador. Jus PODIVM, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo. LTr: 2002

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo. LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista As alterações introduzidas no processo do trabalho pela lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

A CONTRIBUIÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

THE CONTRIBUTION OF THE CONSUMER DEFENSE CODE TO THE PROTECTION OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE INTERESTS

João Pedro Silvestrini^I 

Zaiden Geraige Neto^{II} 

Thiago Ribeiro Franco Vilela^{III} 

^I Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: joaopedrosilvestrini@hotmail.com

^{II} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: zgneto@uol.com.br

^{III} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: thiagofvilela@hotmail.com

Sumário: Considerações iniciais. 1 A gênese do código de defesa do consumidor e a sua proteção constitucional. 2 Principais pontos de direito material do código de defesa do consumidor. 2.1 Conceitos basilares. 2.2 Princípios norteadores. 2.3 Direitos básicos do consumidor. 3 O código de defesa do consumidor e sua relevância para o processo coletivo. 4 Reflexões sobre a posteridade e o amparo legal do código de defesa do consumidor para a coletividade. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objeto a análise sintética e a sistemática das disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor, em sede de direitos individuais, tal como marco notório no reconhecimento das demandas coletivas, além de reflexões vindouras. A abordagem remanesce da nova forma de organização social, o consumo de produtos e serviços, elementar à subsistência da população. Essa realidade provoca o Estado a inferir nas relações de consumo, de maneira a garantir a isonomia entre os envolvidos. No caso brasileiro, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e da vigência do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, instaurou um cenário benéfico aos consumidores, marcando o equilíbrio da relação perante os fornecedores, potencializando-se a visão social pretendida pelo legislador às relações de consumo, englobando um contingente maior de indivíduos na medida de seus interesses e relações de fato, inaugurando uma nova abordagem jurídica sobre os direitos coletivos.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Interesses individuais. Processo coletivo.

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2869>

Recebido em: 12.11.2018

Aceito em: 12.07.2019

Abstract: The present study aims at the synthetic and systematic analysis of the normative dispositions of the Consumer Protection Code, in terms of individual rights, as a well-known landmark in the recognition of collective demands, as well as future reflections. The approach remains from the new form of social organization, the consumption of products and services, elementary to the



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

subsistence of the population. This reality causes the State to infer in consumer relations, in order to ensure the equality between those involved. In Brazil, the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the Consumer Protection Code in 1990 established a beneficial scenario for consumers, marking the balance of the relationship with the suppliers, strengthening the social vision by the legislator to consumer relations, encompassing a larger contingent of individuals in the measure of their interests and relations of fact, inaugurating a new legal approach on collective rights.

Keywords: Consumer Protection Code. Individual interests. Collective process.

Considerações iniciais

As formas como as relações comerciais desencadearam-se na história contemporânea estabeleceram a inevitabilidade do consumo. A troca do espaço rural pelo urbano, a maximização das formas de produção através da indústria reconfiguraram a forma de estrutura social, colocando toda pessoa não só como cidadão, mas também um consumidor.

Essa realidade foi despertada em ritmos distintos ao redor do mundo, sendo que ao Brasil, mesmo que tardiamente, o legislador constituinte resolveu tratá-la como opção política fundamental. Após a previsão no Texto Magno de 1988, como efeito decorrente promulga-se o Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990.

Esse texto legal inédito tem o objetivo de estabelecer meios de proteção e defesa do consumidor, elucubrar situações que não conseguiram o devido tratamento em outros diplomas, mas notadamente, significava um passo do Estado Democrático de Direito junto ao reconhecimento de um novo viés de cidadania, compreendida muito além da assistência estatal a direitos sociais básicos, compreender que a dignidade humana também deve estar garantida nas relações privadas comerciais, bem como da multiplicidade de indivíduos alcançados pela mesma relação de fato e de direito.

Em quase três décadas de existência, cabe o dever de destringir as nuances legislativas que desencadearam o amadurecimento do Direito nacional para além dos interesses empresariais, colocando o consumidor em primeiro plano, além da sua participação no avanço da tutela de direitos coletivos.

A seguir, o presente estudo dedica-se a apresentar um compêndio de pontos significativos do Código de Defesa do Consumidor, tais como o percalço histórico, sua relevância no texto constitucional e seus desdobramentos, quais aspectos foram capazes na afirmação de

interesses individuais e melhoria das relações de consumo, igualmente no reconhecimento de demandas coletivas e o devido amparo para tutela jurisdicional, além de novas perspectivas.

1 A gênese do código de defesa do consumidor e a sua proteção constitucional

As relações contemporâneas de consumo, tal qual experimentamos aos dias atuais, advém do legado industrial europeu, ainda no século XIX, em razão da nova forma de produção e conseqüente organização social.

Porém, sabe-se que justamente na Europa reformulada do pós-segunda guerra mundial, os modelos de produção passam por novas reformulações, imprimindo na sociedade a necessidade frequente de consumo, o papel das novas mídias de comunicação criam a “cultura de massa”, introduzindo a figura do consumidor como papel fundamental da cadeia capitalista, mas sem compreender a devida relevância e o respeito que lhe é dispensado.

Assim, naquele continente observa-se o amadurecimento do Estado em reconhecer o devido amparo ao consumidor, várias experiências podem ser apontadas a respeito, conforme enumera Sayeg (2004), com o Ombudsman e o Juizado de Consumo, criado em 1971 pela Suécia e mais tarde assimilado na Noruega, Dinamarca e Finlândia.

Além disso, em 1976, a Organização Europeia de Cooperação Econômica cria a “Carta dos consumidores”, tornando-se o primeiro documento oficial na Europa a versar sobre o Direito do Consumidor. Há de se realçar outros países que seguiram esse contexto, como a Inglaterra, no ano de 1977 elabora o *Unfair Contract Terms Act*, consistente num sistema de defesa do consumidor que objetivava o reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas, notadamente aquelas que viessem a excluir a responsabilidade e riscos do fornecedor.

Em outras partes do mundo viviam-se o mesmo espírito, na América, precisamente nos Estados Unidos, desde o início de sua industrialização, no século XIX, já existiam casos consolidados na jurisprudência de antagonismos entre industriais e consumidores, além da criação de órgãos governamentais voltados à proteção do consumidor.

Por sua vez, no Brasil, devido ao tardio processo de industrialização, consolidou-se apenas a partir dos anos de 1930, graças aos estímulos fiscais estatais, além de sua intromissão no domínio econômico, não detém nesse período relatos jurídicos do devido tratamento legal à figura do consumidor.

Porém, na década de oitenta, começa a sentir os reflexos de uma economia globalizada, a forma de organização do mercado internacional

vai aos poucos engolindo o modelo de controle estatal do regime militar e imprimindo um cenário de crise (ABREU, 2014).

Contudo, com a reabertura democrática (no ano de 1985), esse neoliberalismo é compreendido como inevitável ao legislador constituinte originário de 1988, dedicando merecida atenção conforme o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, pelo qual o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Essa opção de colocar a defesa do consumidor ao status de direitos fundamentais, advém da incorporação de recomendações da Organização das Nações Unidas de compreender a vulnerabilidade do consumidor, conforme a Resolução nº 39/248/85, significando pauta de Direitos Humanos e chancelada no supracitado dispositivo constitucional, elevando-a à condição de cláusula pétrea, conforme disposição do artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Zaiden e Costa (2015, p. 225 – 226) franquiam a importância do consumidor para a economia, porém a vulnerabilidade que se destaca:

E não poderia ser diferente, pois os consumidores exercem papel de suma importância na circulação de riquezas, sendo indispensáveis para o crescimento do país, justificando tamanha proteção, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade perante o fornecedor.

Essa opção política marcará profundamente a relação dos Direitos Sociais e o papel do Estado brasileiro, conforme é assinalado no art. 170, da Constituição Federal, em que:

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:

[...]

V - defesa do consumidor.

Esse intervencionismo é deveras justificável, mediante as relações de consumo que as pessoas adquirem os bens materiais necessários à obtenção, pelo menos, de seu “mínimo vital”.

Na realidade social, constata-se uma enorme disparidade de poder econômico entre o consumidor e as empresas vendedoras dos bens ou prestadoras dos serviços que ele necessite adquirir, sendo essa discrepância mais acentuada no caso justamente daqueles que mal têm possibilidade de obter o seu “mínimo vital”.

Em síntese, o consumidor, como regra, é hipossuficiente quando comparado economicamente com os seus fornecedores de bens e serviços.

A defesa do consumidor complementa-se nos demais princípios do artigo 170, como livre concorrência, propriedade privada e defesa do meio ambiente, no sentido de dar maior harmonia, não se preterindo.

Essa necessidade de tratamento legal devido à opção política ratificada no dispositivo acima, alerta que a ordem econômica não deve se curvar às vontades dos agentes econômicos privados (livre iniciativa), mas intervir no sentido de coibir abusos do poder econômico, enxergando na figura do consumidor uma potencial vulnerabilidade, como medida de justiça social.

A partir dessa premissa, pode-se compreender uma série de princípios constitucionais voltados à assistência do consumidor, que se desdobram sistematicamente no Código de Defesa do Consumidor.

A proteção do consumidor parte da esfera central de organização do Estado, no caso a União, conforme competência legislativa exclusiva, no art. 24, VIII, da Carta Magna de 1988, onde a vulnerabilidade será replicada no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A defesa do consumidor não para por aí, pois o artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Claro que a expectativa não foi seguida à risca, apenas em 1990 é editada a Lei Federal nº 8.078/90, alcunhada de Código de Defesa do Consumidor, que não se dedica exclusivamente ao consumidor, mas a harmonização das relações de consumo (Política Nacional das Relações de Consumo).

Além das normas constitucionais acima abordados, vale destacar outros dispositivos que possuem estrita relação com o Direito do Consumidor:

Artigo 150, §5º, da Constituição Federal de 1988: que determina que a lei estabeleça “medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, também denota a preocupação do Poder Constituinte Originário com o direito de informação do consumidor;

Artigo 175, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal de 1988: estabelece que a lei disporá sobre os direitos dos usuários de serviços públicos, sendo norma programática de Direito do Consumidor;

Artigo 220, §4º, da Constituição Federal de 1988: vela pela saúde do consumidor, que dispõe sobre restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias e o artigo 221, que determina os princípios a serem observados na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, também podem e devem ser analisados sob a ótica de proteção do consumidor.

Perpassada a literalidade expressa, como lembra José Afonso da Silva (2017), a proteção constitucional ao consumidor, enquanto direito fundamental, mais assemelhado a garantias, não se vincula exclusivamente

aos preceitos expressos anteriormente, mas também à leitura global do Texto Magno, empreendendo-se outros princípios, como a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de Direito, isonomia, para a aproximação do idealizado Estado de Direito Democrático e Social.

2 Principais pontos de direito material do código de defesa do consumidor

Além das previsões constitucionais, a defesa do consumidor alcança maior eficácia a partir da edição de lei própria, isso consolida um sistema de elementos materiais e conseqüente garantias, vias processuais, que conseqüentemente angariam ampla difusão social, seja também pela criação de órgãos estatais específicos, como as autarquias estatais ou municipais de proteção e defesa do consumidor, popularmente consagrado como PROCON.

Ademais, esse tópico dedica-se a elaborar uma síntese sobre os pontos mais relevantes de atuação do Código de Defesa do Consumidor, desde conceitos fundamentais, princípios e direitos básicos, bem como sua relevância para o microsistema de direitos coletivos.

2.1 Conceitos basilares

A função principal do Código de Defesa do Consumidor é dar desdobramentos além das disposições constitucionais, além de complementar as regras de negócios do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/2002), é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado.

Para tanto, é fundamental definir quem são os sujeitos de fato e de direitos envolvidos, evitando-se deturpações de sentido e prolongando-se desnecessariamente eventuais contendas.

De maneira geral, compreende-se, pelo artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor que: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A polêmica gira em torno do reconhecimento da pessoa jurídica a possibilidade de se igualar ao consumidor, baseado na ideia de “destinatário legal” (teoria finalista – retira o bem do mercado para consumo próprio).

Outro ponto de realce é a ideia de “consumidor equiparado”, aquele que independente da realização concreta de consumo, compõe-se de coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que de

alguma forma esteja exposta ao evento danoso, ou práticas comerciais e contratuais abusivas.

Nesse momento o Código de Defesa do Consumidor passa a compor o microsistema de tutela coletiva, delineando contornos ainda mais claros para a defesa de interesses metaindividuais.

Vale ressaltar que o serviço público também se submete ao Código de Defesa do Consumidor, desde que sejam remunerados por meio de tarifa/preço público, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹.

2.2 Princípios norteadores

O Código de Defesa do Consumidor não se compõe de um corpo legal fechado, restrito à letra fria da lei, compreendendo às situações de pormenores que fogem da previsão legislativa elabora uma série de princípios, desempenhando o papel de assegurar a harmonia e a coerência do ordenamento legal, atuando como critérios hermenêuticos de interpretação dos textos legais e a integração do direito, funcionando como mecanismos de colmatação das eventuais lacunas do ordenamento jurídico.

Logo, a base principiológica do diploma em questão, está no artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo. A ideia é compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico. Para tanto, instauram-se princípios estritos ao diploma, destacando-se:

a) Vulnerabilidade (inciso I, do artigo 4º) – decorre do texto constitucional, reconhecendo que o consumidor é a parte mais frágil da relação, vez que não detém os meios de produção. A vulnerabilidade pode ser técnica, fática, jurídica ou informacional. A vulnerabilidade é do consumidor, presumivelmente absoluta, não se confunde com a hipossuficiência, sendo essa relativa;

b) Intervenção do Estado (inciso II, alíneas “a” a “d”, do artigo 4º) - consiste nas ações governamentais de proteção efetiva do consumidor, como incentivo à criação de associações representativas, participação de empresas públicas na disponibilidade de serviços essenciais;

¹ STJ, AgRg no AREsp 354991 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0178947-4, T2 - SEGUNDA TURMA Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141), UNANIME, 05/09/2013, 11/09/2013; STJ, AgRg no AREsp 238538 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0207988-0, T1 - PRIMEIRA TURMA, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128), UNANIME, 11/12/2012, 04/02/2013.

c) Educação e informação (inciso IV, do artigo 4º) - esse princípio visa a conscientização dos consumidores e dos fornecedores a respeito de seus direitos e deveres nas relações de consumo. A Lei nº 12.291/2010, por exemplo, tornou obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços;

d) Controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (inciso II, “d”, do artigo 4º) - os fornecedores devem manter um controle de qualidade e segurança de produtos e serviços colocados no mercado, garantindo a utilização segura e adequada pelo consumidor;

e) Meios alternativos de solução de conflitos (inciso IV, do artigo 4º) – Com a edição da Lei Federal nº 9.099/95, percebe-se a maior concretização desse princípio, em razão da maior celeridade das demandas judiciais;

f) Coibição e repressão de abusos (inciso VI, do artigo 4º) – cabe ao Estado reprimir de forma eficiente práticas abusivas à integridade do consumidor, seja por delegacias especializadas, Procon, vigilância sanitária e outros.

g) Racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII, do artigo 4º) – em especial para as concessionárias de serviço público (água, telefonia, energia elétrica e gás);

h) Estudo constante das modificações do mercado de consumo (inciso VIII, do artigo 4º) – é o aperfeiçoamento dos mecanismos de avaliação das relações de consumo, bem como das medidas estatais pertinentes.

2.3 Direitos básicos do consumidor

Delineados principalmente no artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, os dez incisos trazem uma mescla de direitos materiais subjetivos, além de outros dispositivos, que adjetivados a outras disposições do seu próprio texto tem função processual de defesa dos seus interesses, servindo em contrapartida, como garantias.

São os seguintes direitos:

a) Direito de proteção à saúde, vida e segurança (artigos 6º, I, 8º, 9º e 10, todos do Código de Defesa do Consumidor) – contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Este campo reforça a sua contribuição para a defesa dos direitos coletivos, basta a mera exposição do perigo à coletividade, para se falar no dever de reparar;

b) Direito à educação e divulgação sobre o consumo adequado (artigo 6º, II) - a ideia é carrear maior liberdade de escolha consciente, sendo que a oferta vincula automaticamente o fornecedor, conforme artigo 30², do diploma consumerista;

c) Direito à informação e à proteção contra práticas abusivas (artigo 6º, incisos III e IV) – significa o maior acesso às características do produto ou serviço oferecido. Tem implicação direta contra práticas comerciais de publicidade enganosa (induz ao erro) ou abusiva (proibida), nos termos do artigo 37, §§ 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar, a proibição de “venda casada”, artigo 30, I, do Código de Defesa do Consumidor;

d) Direito à modificação das cláusulas contratuais desproporcionais (artigo 6º, V) – no intuito de evitar o anatocismo (cobrança de juros sobre juros), ou ainda, em razão de fatos supervenientes a obrigação possa ser considerada desproporcional, excessivamente onerosa;

e) Direito à efetiva prevenção e reparação de danos, com acesso à justiça e facilitação da defesa de direitos (artigo 6º, incisos VI, VII e VIII) – todo consumidor tem direito à reparação integral de danos patrimoniais e morais, seja em sede administrativa ou judicialmente. Nesse último compasso, desdobra-se o direito à facilitação da defesa dos seus direitos, como a “inversão do ônus da prova”, porém esse fica a critério do juiz, devendo apresentar verossimilhança para o deferimento do seu pedido;

f) Direito ao serviço público adequado e eficaz (artigo 6º, X) – é o desdobramento do princípio da melhoria dos serviços públicos, o que no mais significa dar eficiência aos referidos serviços, proporcionando-lhes maior qualidade.

Ponto de grande destaque, valendo-se pelo ideal de equilíbrio das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, prevê a criação de banco de dados e cadastro de consumidores (SPC e Serasa).

O objetivo é conceder uma maior dinamicidade nas relações comerciais entre diferentes instituições sobre os consumidores, contudo requer responsabilidade na manutenção atualizada das informações, bem como, o acesso às informações que sejam de interesse do consumidor.

2 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

3 O código de defesa do consumidor e sua relevância para o processo coletivo

Pode-se atribuir a existência de um rico arcabouço de diplomas voltados à tutela de direitos coletivos, destacando-se a riqueza legal notadamente após a ordem constitucional de 1988, com “públicos” bem definidos, como as Leis Federais nº 7.347/85, 8.079/90, 8.069/90, 10.741/2003 (BRANCO, 2008).

É inegável a afeição de um verdadeiro microsistema de proteção de direitos coletivos determinados através da tutela correspondente, ou se for o caso, do suplemento que a lei de ação civil pública oferece, bem como o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, podemos falar na existência de um microsistema de processo coletivo no Brasil, haja vista a reunião de vários diplomas legais, sobre os diversos direitos, que se intercomunicam.

Essa sistemática é guarnecida pelo Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal, formam o eixo central do microsistema de tutela coletiva (ANDRADE, 2017) estabelecendo uma verdadeira interação entre esses diplomas, restando apenas uma aplicação subsidiária ao Código de Processo Civil.

Apesar do trabalho conjunto, há de se realçar a generosa contribuição do CDC, pois além de complementar as demais legislações que compõem esse sistema integrado (Lei de Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, etc.), bem como, por estabelecer sólidos conceitos, principalmente para a defesa dos interesses difusos e coletivos, não só dos consumidores, mas todos aqueles indivíduos que se ligam por uma relação de direito.

Os artigos 81 a 104, do Código de Defesa do Consumidor, são responsáveis pelas tarefas apontadas. A principal contribuição está no artigo 81, incisos I, II e III, que estabeleceu os contornos legais dos direitos coletivos lato sensu em:

a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos do CDC (e demais situações que eventualmente se subsumam), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato – seu objeto é indivisível e os sujeitos concernentes são absolutamente indetermináveis, por isso plurindividuais, com situação de fato em comum (meio ambiente);

b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária

por uma relação jurídica base – são chamados de coletivos stricto sensu. O objeto também é indivisível, sendo que os sujeitos são relativamente determináveis, por meio de uma relação jurídica base (em comum);

c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Por se tratar de direitos individuais subjetivos, oriundos da mesma circunstância de fato, sendo que o objeto tutelado cabe à individualidade e conforme o interesse de cada envolvido, sendo, por vezes, conveniente à defesa judicial coletiva.

Numa gradação histórica, percebe-se outra significativa contribuição do Código de Defesa do Consumidor, pois até a edição da Lei de Ação Civil Pública o tratamento dado aos direitos difusos e coletivos era estritamente processual, sendo que a nova lei ampliou o horizonte das ações coletivas, para também prever disposições de direito material.

Ademais, os legitimados para propositura de qualquer espécie de ação (conhecimento, execução, cautelares, etc.) em sede consumerista, agem de maneira individual, concorrente ou disjuntiva, destacando-se nos termos do art. 82, o Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, além de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, desde que em suas atividades institucionais sejam dedicadas à defesa dos interesses do consumidor.

Finalmente, o artigo 93, do Código de Defesa do Consumidor, disciplina a competência do juízo para processar e julgar o feito pertinente.

Quanto à coisa julgada, sinteticamente dissertando o seu conceito, diz respeito aos efeitos da sentença tornam-se imutáveis, seja pela preclusão recursal ou pelo esgotamento dessas vias, diz-se que estão cobertos pela coisa julgada, essa imutabilidade, portanto, é a qualidade dos efeitos da sentença, conhecida como coisa julgada.

Dando desdobramentos às lições da jurista, a coisa julgada em sede de direitos difusos e coletivos é tratada sob dois limiares.

No caso de procedência produz coisa julgada material com efeitos erga omnes, no caso de direitos difusos; ultra partes, no caso de direitos coletivos. Logo, não poderá o réu rediscutir a matéria da sentença contra qualquer legitimado, ainda que ele não tenha feito parte do processo, mas poderão qualquer desses executar o título.

Na hipótese de improcedência do pedido por falta de provas, isto é, a improcedência operar-se por não haverem sido produzidas todas as provas necessárias para a cognição (juízo de certeza), não haverá coisa julgada material, em que qualquer legitimado poderá propor nova ação que tem o mesmo objeto em litígio, desde que se valendo de nova prova (artigo 103, I, Código de Defesa do Consumidor).

Contudo, se a sentença de improcedência decorrer por pretensão infundada, haverá coisa julgada material, com efeitos erga omnes, no caso de direitos difusos; ultra partes, no caso de direitos coletivos, o que na prática impede que qualquer outro legitimado, ainda que não estivesse na propositura original, fique impossibilitado de propor nova demanda sob o mesmo objeto de litígio.

O ponto peculiar dessa situação de improcedência, é que nos termos do artigo 103, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada não prejudicará os direitos individuais dos lesados, já que os direitos individuais não compunham o objeto da demanda, podendo aquele cidadão que se sinta prejudicado ingressar pessoalmente exigindo o ressarcimento do seu direito.

Quando se trata de direitos individuais homogêneos (artigo 103, III, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor) a aplicação da coisa julgada também apresenta peculiaridades análogas, como o efeito erga omnes, pois no caso de procedência, já que são demandadas coletivamente, a decisão impedirá o réu de litigar sob a referida lide contra qualquer um dos colegitimados, mesmo que não tenham sido parte do processo.

Também beneficiará todos os titulares desse direito, desde que não tenham incorrido nos ditames da parte final do artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor, isto é, que “cientes do ajuizamento da ação coletiva, não houver requerido, em 30 dias, a suspensão de suas ações individuais”.

4 Reflexões sobre a posteridade e o amparo legal do código de defesa do consumidor para a coletividade

Com quase trinta anos de vigência, o diploma legal inegavelmente imprimiu profundos efeitos nas relações consumeristas, notadamente pela maneira que incorporou maior segurança nas relações de consumo, além do equilíbrio entre os agentes de mercado (na ânsia por lucros) e consumidores.

Apesar desse aparente sucesso, isso não significa estagnação, pois as formas de consumo, nos tempos tenros de sua publicação, alteraram-se, reclamando novas percepções de tratamento legal para cada novo fato da vida moderna. Nesse ponto, torna-se primordial o levantamento de novas perspectivas, além de como isso alcançará a paz social da coletividade.

Sabemos que o Direito é o reflexo histórico de cada sociedade, assim as formas de organização social partem da maneira como são dispostos os seus modos de produção, uma perspectiva marxista de sociedade.

Portanto, a forma de comércio e os tipos de bens e serviços colocados hoje em mercado não são necessariamente os mesmos dos anos noventa, do século passado. A principal prova disso é a tecnologia de informação.

O consumo de tecnologias novas que vão além de produtos físicos, a informação. Sites de relacionamento, busca de jurisprudência, divulgação de bens (intermediadoras), dispõe relações e consumo exclusivamente em meio eletrônico, que por vezes se eximem da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Outro ponto de destaque está na democratização do crédito ocorrido em nosso sistema financeiro, a partir do final dos anos dois mil, o que desencadeou consumo desenfreado e superendividamento de famílias (consumidores).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, zelando pela “educação e divulgação sobre o consumo adequado” (artigo 6º, II), deve priorizar meios de prevenir referida situação, principalmente de alguns segmentos específicos, como jovens e idosos.

Hoje tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 281/2012, que visa alterar sensivelmente as disposições gerais do Capítulo I, do Título I, do Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre comércio eletrônico e meios de negócios mais favoráveis ao consumidor.

Noutra senda, considerando a coletividade e a potencialidade de efeitos danosos, em matéria criminal, o Código de Defesa do Consumidor tem tratamento a respeito.

As condutas contidas como ilícitas, apontadas entre os artigos 63 a 74, do Código de Defesa do Consumidor, relacionam ações que atentam contra a figura do consumidor, até as relações de consumo, bem como, conforme o próprio artigo 61, do Código de Defesa do Consumidor, outros crimes podem ser apontados em legislação esparsa, como a Lei nº 8.137/90, portanto não devem ser generalizadas como disposição legislativa à proteção dos interesses difusos.

Porém, com o patrocínio de Eliana Passareli (2002), merecem destaque os artigos 63, 64, 65, 66, 67 e 68, todos do Código de Defesa do Consumidor, vez que os crimes retratam ações típicas de “mera conduta”, ou seja, pelo fato de se resguardar o bem-estar do consumidor, fala-se na figura do “consumidor ideal”, aquele que num campo idealizado não estaria predisposto a qualquer risco das relações de consumo.

Assim, o agir do fornecedor de bens e serviços, ainda que sua ação ilícita não altere o mundo exterior, coloca em risco o potencial consumidor, uma pluralidade indeterminada de pessoas ligadas pela situação de fato

(no caso o risco), bem como se tratar de responsabilidade objetiva do fornecedor, sendo irrelevante o dolo ou a culpa (PASSARELLI, 2002).

Por fim, pelos artigos 69, 70, 71, 72 e 74, todos do Código de Defesa do Consumidor, requerem profunda análise, quanto às ações delituosas, sua consumação requer a individualidade de cada consumidor envolvido numa situação específica, sendo que a reparação dos danos poderia demandar a tutela coletiva de direitos homogêneos (PASSARELLI, 2002).

Considerações finais

As formas como as sociedades vão organizando seus círculos sociais, dizem respeito à maneira como estão dispostos os bens materiais, esses por sua vez impõem aos indivíduos a necessidade de acumulá-los. Essa sistemática vai se aperfeiçoando no tempo, despertada pelo espírito do modelo econômico capitalista que se consolida com a industrialização, hoje globalizada.

Nascem as relações de consumo não mais baseadas na personalidade dos agentes envolvidos, mas pela distância entre bens, comerciante e cliente, colocando-se em primeiro plano os interesses do capital, bastando apenas ao consumidor acatar as novas regras. Porém, o Direito é fruto das demandas sociais, anseios coletivos que clamam por soluções justas. Assim, se o Direito Civil não consegue lidar com problemas de larga escala social, cabe ao legislador implementar meios capazes.

No direito brasileiro, muito tempo após as comunidades internacionais já terem tratado a respeito, exsurge o Código de Defesa do Consumidor como desdobramento constitucional, com o objetivo de tratar as relações de comércio também em consumo, reconhecendo as peculiaridades de cada sujeito, aplicando-lhe o direito devido na medida de equilíbrio das relações sociais e econômicas.

O diploma consumerista inaugura o Direito do Consumidor no Brasil, tendo como núcleo a relação jurídica de consumo.

Ademais, abrange institutos jurídicos a cuidarem da matéria e que, como tais, tutelam-na com o objetivo de outorgar aos consumidores a proteção que lhes é devida: normas de direitos específicos e proteção devida ao consumidor (direito material); meios asseguradores da eficácia dos mesmos direitos, como aquelas que promovam a devida representação dos consumidores, frente aos órgãos estatais detentores do poder de decisão sobre o mercado, fazendo também parte do núcleo do Direito do Consumidor os mecanismos jurídicos que visam a racionalizar e dirigir o comportamento do consumidor.

Acima dos interesses individuais o Código de Defesa do Consumidor comporta meios de tutela da coletividade, haja vista a abrangência do mercado consumidor, refletindo a proteção social, pois

além de mecanismos de intervenção estatal, inaugura um entendimento seguro sobre as categorias de direitos coletivos lato sensu, sendo, portanto, difusos, coletivos stricto sensu, além de individuais homogêneos, complementando legislação anterior, como a Lei de Ação Civil Pública, e empregando maior racionalidade para o vindouro microsistema de proteção dos direitos coletivos.

Por todo o exposto, é inegável que o Código de Defesa do Consumidor potencializa uma seara processual em busca da tutela jurisdicional, através das ações coletivas, disciplinando com riqueza de detalhes todas as regras pertinentes, desde a legitimidade processual, competência para ajuizamento e efeitos da sentença, servindo até mesmo como meio de integração de outras normas. Outro ponto de destaque, na defesa da coletividade de consumidores, é a adoção da *ultima ratio*.

Porém, ainda que seja positiva a efetividade da tutela do consumidor, existem novos meios de relação de consumo que merecem ser contempladas, demandando atualização iminente, em contrapartida a cidadania alcance também novos patamares, além da saúde, moradia, educação, como também do usufruto da informação, inspirando um Estado Democrático de Direito condizente com as novas demandas.

Referências

ABREU, Marcelo de Paiva et al. *A ordem do progresso: dois séculos de política econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ANDRADE, Adriano et al. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRANCO, José Eduardo. *Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008.

BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pesquisa jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 28 abr. 2018.

GERAIGE NETO, Zaiden; COSTA, Kerton Nascimento e. A Eficácia do Código de Defesa do Consumidor em Face do Tratamento Diferenciado aos Consumidores na Fase Pós-Venda, por Parte dos Serviços de Atendimento ao Consumidor. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 221-238, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00221.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*: Lei Federal nº 8.078/90 (CDC). São Paulo: Saraiva, 2002.

SAYEG, Ricardo Hasson. O Contexto Histórico da Defesa do Consumidor em Face do Abuso de Poder Econômico e sua Importância. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano II, n. 7 abr./jun. 2004.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei nº 281, de 2012*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 2 maio 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

A (RE)PRODUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA ATIVIDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL COMETIDOS CONTRA MENORES DE 14 ANOS

THE (RE)PRODUCTION OF GENDER DISCRIMINATION IN THE JUDICIAL ACTIVITY: AN ANALYSIS OF COURT DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF SANTA CATARINA RELATED TO SEX CRIMES COMMITTED AGAINST INDIVIDUALS UNDER 14 YEARS

Johana Cabral^I 

Ismael Francisco de Souza^{II} 

^I Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, SC, Brasil.
Mestranda em Direito.
E-mail: johanacabral712@hotmail.com

^{II} Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, Criciúma, SC, Brasil. Doutor em Direito.
E-mail: ismael@unesc.net

Sumário: Considerações iniciais. 1 Conceituando o paradigma da proteção integral. 2 O ser mulher e o ser criança: reflexões a partir dos estudos de gênero. 3 Análise dos julgados do tribunal de justiça de Santa Catarina: a discriminação de gênero nas decisões de crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo realiza um estudo sobre a reprodução da discriminação de gênero na atividade judicial, considerando os julgados que envolvem crianças e adolescentes vítimas de crimes de natureza sexual. Tem por objetivos verificar a influência da cultura machista e sexista na prática judiciária brasileira, a partir da análise das decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos crimes de natureza sexual cometidos contra menores de 14 anos, que consiste no crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal. Para tanto, será inicialmente apresentado o paradigma da proteção integral, orientador do Direito da Criança e do Adolescente. Em seguida, tratar-se-á sobre o ser mulher e o ser criança em uma sociedade marcada pelo patriarcado e pela violação dos direitos das mulheres, considerando-se as contribuições dos estudos de gênero, especialmente os ensinamentos de Judith Butler e de Joan Scott. No terceiro momento, será realizada a análise das decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para verificar se há a produção e reprodução da discriminação de gênero nos julgados do tribunal catarinense. O método de procedimento foi o monográfico e o de abordagem, o dialético, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Criança. Discriminação de Gênero. Estupro de Vulnerável. Jurisprudência.

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2893>

Recebido em: 30.11.2018
Aceito em: 21.07.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Abstract: This paper offers a study about the reproduction of gender discrimination in the judicial activity, taking into consideration court decisions involving children and adolescents victims of sex crimes. This work aims at verifying the influence of sexist culture in the Brazilian judicial practice, with the focus on jurisprudential decisions of the Court of Justice of Santa Catarina related to sex crimes committed against individuals with less than 14 years of age, which are typified as crimes of rape of vulnerable, defined in the article 217-A of the Criminal Code. Thence, I shall initially present the paradigm of the integral protection, referential to the Children and Adolescents Rights. Next, I am going to discuss about being a woman and being a child in a society marked by patriarchy and by the violation of the rights of women, taking into consideration the contribution of the Genders Studies, specially the ideas of Judith Butler and Joan Scott. In a third moment, I will present an analysis of the jurisprudential decisions of the Court of Justice of Santa Catarina in order to verify if there is production and reproduction of gender discrimination in court decisions made by the Tribunal of the State. The procedure method used was the monographical, with the dialectic approach, which characterizes this research as bibliographical and jurisprudential.

Keywords: Children. Gender Discrimination. Rape of Vulnerable. Jurisprudence.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), afirmando que são iguais em direitos e obrigações (BRASIL, 1988). No entanto, sabe-se que ainda se trata de uma igualdade meramente formal, pois, substancialmente, a sociedade brasileira é marcada pela cultura do patriarcado, uma cultura machista e sexista, de dominação, violência e opressão às mulheres. Embora a intensidade dessa relação de dominação varie conforme a região, aponta-se “[...] o processo de dominação masculina como fenômeno mundial que atinge todas as pessoas que, por diversas razões, assumem papéis femininos no âmbito das relações sociais.” (SABADELL, 2013, p. 220). O limite da previsão formal, portanto, se verifica na medida em que ela impede a percepção de que, nas experiências materiais da vida cotidiana, a diferença persiste. Assim, a previsão legal disposta na Constituição Federal, de maneira isolada, não tem qualquer força. É necessário que referida previsão torne-se prática de vida, na promoção da efetiva igualdade entre homens e mulheres (MARQUES, 2019).

O “Mapa da Violência 2015”, organizado por Julio Jacobo Waiselfisz, (Coordenador de Estudos sobre a Violência da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso e sociólogo), é o mais recente a tratar especificamente sobre o homicídio de mulheres no Brasil. A pesquisa inclui informações sobre a violência contra as mulheres, a partir de dados contidos no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), desenvolvido pelo Ministério da Saúde, o qual notifica, desde 2009, os casos de suspeita ou de confirmação de violência doméstica, sexual ou outras violências contra crianças, adolescentes, mulheres e idosos. De acordo com os dados disponíveis, relativos ao ano de 2014, foram feitos 223.796 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e noventa e seis) atendimentos de pessoas vítimas de diversos tipos de violência. Do total, 147.691 (cento e quarenta e sete mil, seiscentos e noventa e um) foram mulheres, em razão de violência doméstica, sexual, dentre outras. Assim, para o ano de 2014, tomando-se o total de atendimentos, pode-se verificar que, de cada três vítimas de violência identificadas pelo SINAN, duas eram mulheres (WAISELFISZ, 2015).

Por sua vez, o “Atlas da Violência 2019”, importante estudo sobre a violência letal no Brasil, aponta que houve, no ano de 2017, um crescimento dos homicídios femininos no país, com aproximadamente 13 (treze) assassinatos por dia. No ano de 2017, ao todo, 4.936 (quatro mil, novecentos e trinta e seis) mulheres foram mortas, configurando o maior número desde o ano de 2007. Das mulheres vítimas de violência letal em 2017, 66% eram mulheres negras, o que indica que o gênero não é o único fator de discriminação, e que há diferentes formas de opressão e dominação recaindo, diariamente, sobre os corpos femininos (BRASIL, 2019a).

Boa parte da violência e dos abusos começam já na infância. “A ação de agredir, bater em crianças, revela uma certa ‘cultura’ historicamente repetida, na qual a criança nada mais é do que um mero objeto, domínio absoluto dos pais.” (VERONESE, 1998, p. 32). A cultura de violência contra crianças e adolescentes é causada por diversos fatores, essencialmente, pela coisificação da infância e pelo mito da violência como forma de educar. A coisificação da infância promove a objetificação da criança, a qual se torna “[...] um objeto pertencente ao(s) adulto(s), tendo os seus direitos violados quando o seu ‘proprietário’ quiser, ocorrendo assim a violência/exploração/abuso sexual.” (MOREIRA, 2017, p. 613).

As violências contra as crianças são expressivas e ocorrem tanto na forma física, quanto sexual e psicológica, compreendendo também a dimensão de gênero. Tais violências e violações, que exprimem a superioridade do gênero masculino sobre o feminino, são produzidas e reproduzidas inclusive no sistema jurídico: na elaboração da norma, nos

livros doutrinários ou até mesmo na prática jurídica (SABADELL, 2013). Nesse sentido, subsistem decisões judiciais carregadas de discriminação contra mulheres e meninas.

A presente pesquisa objetiva, portanto, estudar a discriminação de gênero na atividade judicial, analisando as decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no que tange ao crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, o qual estabelece a pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos para a seguinte tipificação: “[t]er conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 1940). A pesquisa jurisprudencial foi realizada no primeiro semestre de 2019, a partir dos marcadores: “estupro de vulnerável”, “consentimento da vítima” e “ausência de ofensividade da conduta”, em pesquisa livre, sendo analisados e selecionados apenas os acórdãos julgados entre 2014 e 2018.

1 CONCEITUANDO O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A história da infância no Brasil é marcada por um longo período de negação e estigmatização da criança. Os primeiros instrumentos jurídicos a versarem sobre o tema foram responsáveis pelo chamado período menorista da história. Possuíam um viés fortemente repressor e controlador. Assim, o Código de Menores de 1927 destinava-se aos “menores” abandonados e delinquentes, ao passo que o Código de Menores de 1979, que o seguiu, instituiu a figura do “menor” em situação irregular. Ao longo de todo esse período, a criança e o adolescente nada mais eram do que objetos de tutela do Estado. Um Estado omisso, que não se preocupava com a sua efetiva proteção e desenvolvimento, mas sim com a contenção dos abandonados, delinquentes, moradores de rua ou dos meninos e meninas que, por qualquer outra razão, apresentassem situação irregular ou perigo à sociedade (CABRAL, 2012).

Durante a vigência do Código de Menores de 1979, intensificou-se no Brasil, sobretudo em meados da década de 1980, diversos estudos sobre a situação da infância brasileira. Os movimentos sociais desse período começavam a se mobilizar, uma vez que era necessário pensar em uma nova legislação que verdadeiramente fosse protetiva à infância e adolescência no Brasil (LIMA; VERONESE, 2011, p. 57).

O paradigma da proteção integral que, no plano internacional, se origina com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, passa a ser discutido no Brasil em 1985, quando da mudança nos rumos da política nacional, diante da possibilidade de se instaurar a Assembleia Nacional Constituinte (SOUZA, 2001). Esse processo de transição, de

reflexão sobre as práticas historicamente instituídas sobre a infância, conta com a participação dos movimentos sociais de defesa dos direitos da infância, que apresentaram uma perspectiva diferenciada, realmente transformadora da realidade infanto-adolescente (CUSTÓDIO, 2009).

O processo de redemocratização do Brasil culmina com a Constituição Federal de 1988, que incorpora o paradigma da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e estabelecendo, no artigo 227, *caput*, a responsabilidade compartilhada da família, da sociedade e do Estado em assegurar-lhes uma série de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, bem como de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Todos esses direitos passam a ser assegurados com absoluta prioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado em 13 de julho de 1990, foi elaborado para dar completude e efetividade aos direitos já enunciados constitucionalmente, instituindo um complexo Sistema de Garantias de Direitos às crianças e aos adolescentes brasileiros. Logo no seu artigo 1º, torna pública a adoção do paradigma da proteção integral: “[e]sta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990). O Estatuto destina-se a todas as crianças e adolescentes, considerando criança a pessoa até doze anos incompletos e adolescente, a pessoa entre os doze e os dezoito anos. “A distinção entre criança e adolescente prevista no art. 2º, ECA teve como único objetivo dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade [...]” (PEREIRA, 2008, p. 33).

No artigo 3º, *caput*, o ECA estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Prevê também, que os direitos enunciados serão aplicados sem discriminação de nascimento, sexo, raça, etnia (dentre outros) ou qualquer outra condição que promova diferenciação entre pessoas, famílias ou a comunidade onde vivem (artigo 3º, parágrafo único). No artigo 5º, assegura que “[n]enhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990). Assim, a proteção integral apresenta uma vertente positiva, de concessões necessárias à fruição dos direitos, e uma vertente negativa, de restrições às condutas e ações dos adultos, quando violadoras dos direitos de crianças e adolescentes (SOUZA, 2001).

Percebe-se, pois, que proteger de forma integral é dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal

para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado, à criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento. (SOUZA, 2001, p. 75-76).

O paradigma da proteção integral “estabelece que toda criança ou adolescente são mercedores de direitos próprios e especiais que, em face de sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento, exigem uma proteção especializada, diferenciada e integral.” (VIEIRA; VERONESE, 2006, p. 31). Representa verdadeira ruptura com o Direito do Menor, apresentando um novo paradigma, de garantia da proteção integral. Desse modo, as crianças e os adolescentes passam a gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, os quais deverão ser assegurados, com absoluta prioridade, pela família, sociedade e Estado, visando seu melhor interesse e sua proteção integral.

Para Veronese (2015), a grandeza de um paradigma da proteção integral está regulada em premissas que constroem seu fundamento. Uma delas estabelece a recepção normativa de proteção aos direitos de crianças e adolescentes fundado na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e na garantia de prioridade absoluta. O Brasil, em 1988, ao promulgar a Carta Constitucional, afirma este compromisso no artigo 227 e reafirma em 1989, ao ratificar a Convenção dos Direitos da Criança. A consolidação do paradigma da proteção integral, no regramento interno brasileiro se dá, portanto, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual densifica esse novo modo de conceber e gerir as ações e políticas destinadas às crianças e aos adolescentes.

Todavia, mesmo após mais de meio século de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não alcançou na prática, a sua efetiva e total concretização da sua concepção sustentadora, qual seja, a Doutrina da Proteção Integral, à medida que as políticas públicas destinadas à promoção, garantia e defesa dos direitos da população infantoadolescente ainda são inexistentes e/ou insuficientes diante do elevado número de violações ocorridas, enquanto por outro lado, o que é mais grave, os próprios operadores do sistema de justiça, última instância para a efetivação da norma, ainda mantêm, em sua interpretação, resquícios da doutrina menorista, impossibilitando o adequado alcance da lei. (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 139).

Assim, a proteção integral deve constituir-se em instrumento de pesquisas e estudos científicos. Hoje, no Brasil, os núcleos de pesquisas sobre crianças e adolescentes pautam seus manuscritos sobre a ótica da proteção integral. A dimensão acadêmica e a produção científica reafirmam-se como teoria de base às teses e dissertações (VERONESE, 2015).

Portanto, o paradigma da proteção integral implica em pensar o Direito da Criança e do Adolescente levando em consideração uma

dimensão jurídica, considerando o arcabouço normativo de proteção aos direitos tanto no âmbito nacional quanto internacional. Implica, também, uma dimensão política, ao reafirmar que o Estado brasileiro cumprirá os pactos estabelecidos com os organismos internacionais e nacionais, implementando as políticas públicas necessárias à efetivação da proteção integral de crianças e adolescentes.

2 O SER MULHER E O SER CRIANÇA: REFLEXÕES A PARTIR DOS ESTUDOS DE GÊNERO

No contexto de uma sociedade orientada pela matriz heterossexual, a noção binária do sexo divide os sujeitos em masculino e feminino. Tal marco demanda maiores reflexões. A distinção que os estudos de gênero propõem entre sexo e gênero, por sua vez, tem o condão de questionar o aparente intratável destino biológico. O gênero, diferentemente do sexo, seria uma construção cultural. Contudo, em certos contextos, tal assertiva também pode conduzir a um certo determinismo de significados do gênero (BUTLER, 2003). Nesse sentido, “[o] gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.” (BUTLER, 2003, p. 25). As relações de gênero são mais complexas e heterogêneas do que podem supor as dicotomias de sexo e gênero, corpo/natureza e cultura.

A circularidade problemática da investigação feminista sobre o gênero é sublinhada pela presença, por um lado, de posições que pressupõem ser o gênero uma característica secundária das pessoas, e por outro, de posições que argumentam ser a própria noção de pessoa, posicionada na linguagem como “sujeito”, uma construção masculinista e uma prerrogativa que exclui efetivamente a possibilidade semântica e estrutural de um gênero feminino. Essas discordâncias tão agudas sobre o significado do gênero (se *gênero* é de fato o termo a ser discutido, ou se a construção discursiva do *sexo* é mais fundamental, ou talvez a noção de *mulheres* ou *mulher* e/ou de *homens* ou *homem*) estabelecem a necessidade de repensar radicalmente as categorias da identidade no contexto das relações de uma assimetria radical do gênero. (BUTLER, 2003, p. 30-31).

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha dado um passo significativo ao instituir a igualdade entre homens e mulheres, historicamente, as relações são desiguais. As mulheres convivem diariamente com a discriminação de gênero e ocupam representações diferentes na sociedade. As desigualdades de gênero podem ser vistas no mercado de trabalho, nas relações familiares, na relação conjugal e até mesmo nos espaços de poder. Scott (2005), abordando os conceitos de igualdade e diferença, de

gênero, das identidades individuais e de grupo, afirma que não há soluções simples para as questões relativas à igualdade e à diferença. Os debates atuais sobre o tema, assim como os debates travados acerca dos direitos individuais e das identidades de grupo, se dão de forma polarizada. Desse modo, em vez de posicioná-los como conceitos opostos, é preciso manter uma necessária tensão entre a igualdade e a diferença, posto que são conceitos interdependentes. “A igualdade é um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente. Não é a ausência ou a eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração.” (SCOTT, 2005, p. 15). Portanto, ainda que a igualdade constitua uma promessa universal (ou, no caso brasileiro, também constitucional), subsistem os diferenciais de poder entre homens e mulheres. Culturalmente, prevalece a hegemonia masculina, que reflete a interferência do patriarcado nas relações sociais.

Assim, é preciso restar claro que “[n]o patriarcado tradicional existe uma rígida divisão sexual do trabalho e uma grande segregação social, em geral, com as mulheres ficando confinadas ao mundo doméstico e os homens monopolizando o mundo público.” (ALVES; CAVENAGHI, 2012, p. 102). Consoante os estereótipos de gênero, às mulheres cabem os cuidados da casa e dos filhos. São os mesmos estereótipos que formulam que a menina é dócil e frágil. Aos homens competem a racionalidade, a virilidade e a força. Nesse sentido,

o patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce por meio de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios de reação efetivos. (SABADELL, 2013, p. 220).

Sobre a violência psíquica, Silva e Barbosa (2018, p. 68) pontuam:

A prática da violência psicológica ainda é uma invisibilizada no sistema de justiça, arraigada a fortes concepções patriarcais da sociedade em que os sujeitos estão inseridos, incluindo-se os operadores do direito. Destaque-se que em modalidade doméstica e ou intrafamiliar a violência psicológica ocorre de modo cíclico, repetitivo e cronificado, compromete a autoestima e poder de reação da vítima, visando predominantemente seu controle, constrangimento e humilhação.

A violência, portanto, atinge mulheres e crianças. De modo que, ser mulher em uma sociedade onde subsistem a opressão e violência contra o gênero feminino, significa estar diária e constantemente exposta a situações discriminatórias e violadoras de direitos, o que demanda atenção constante, resistência, o conhecimento dos direitos, o apoio dos órgãos de proteção e a luta pela completa emancipação feminina. “É necessário perceber que a luta feminista não é uma questão de interesse apenas das

mulheres, mas da humanidade que se pretende livre.” (CISNE, 2018, p. 125).

A violência que ocorre com as mulheres, na maioria dos casos, é perpetrada por homens conhecidos ou de dentro do lar. Trata-se, portanto, do âmbito privado das relações e das famílias, protegido pelo famoso ditado popular: “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, o qual afeta negativamente os ideais de proteção e amparo à mulher vítima de violência. Nesse sentido, “em tempos de mudança, essa forma de ver as coisas funciona como um obstáculo epistemológico e como uma barreira ideológica que impedem de pensar, ver e desejar as coisas do outro modo” (CANTERA, 2007, p. 45), perpetuando-se, assim, a cultura da violência, que perpassa pelo ideológico tradicionalista da violência contra mulheres como algo costumeiro e cotidiano.

Esta lógica insere-se no que Benhabib e Cornell (1987) criticam em relação ao “eu desimpedido” do liberalismo, no qual a concepção do eu público como igual e abstrato portador direitos é prejudicada pela desigualdade e dominação que a identidade privada de gênero enfrenta. Assim, a indiferença do direito público ao bem privado acoberta as violações do direito na família. Como o Estado liberal em que se vive baseia-se em práticas legislativas, acaba ignorando as questões sociais que violam estas práticas, sendo indiferente às questões de gênero que permeiam a sociedade.

No que se refere à violência contra meninas, a realidade não se mostra diferente. A violência se inicia nos lares e pode se apresentar como violência física e/ou psicológica, sujeitando os corpos de meninas à submissão, bem como para a prática direta da violência sexual. Os agravantes, nesse caso, estão na incompreensão, pela criança de que está sofrendo uma violência; no medo de revelar aos adultos os abusos sofridos; e, ainda, nos descréditos que são dados, pelos ascendentes ou operadores jurídicos, às falas da criança que sofrera uma agressão (MOREIRA, 2017).

Portanto, verifica-se que ser menina, criança ou adolescente é estar sujeita à violência de gênero e também à violência em razão da idade (podendo ocorrer ainda a intersecção com a violência em razão da cor). A reprodução da desigualdade de gênero se dá também “[...] nos julgamentos morais, sociais, institucionais a que mulheres estão constantemente submetidas.” (SOUZA, 2016, p. 73). Por vezes, as discriminações contra as mulheres são reproduzidas por órgãos dos quais se espera exatamente o contrário, como é o caso do judiciário. Em processos por crimes de natureza sexual, “[é] muito comum encontrar sentenças em que o foco da discussão não é a violência sexual sofrida pela vítima, mas o seu comportamento, a sua moral sexual. Nestes casos, a mulher é submetida a uma segunda vitimização.” (SABADELL, 2013, p. 227). Desse modo,

um impulso novo no convívio familiar e na sociedade contribuirá para que não mais se mascare a violência que tem como principais vítimas a mulher e a criança. Para tanto, é imprescindível não apenas a desconstrução da “apologia do forte”, mas uma luta contínua pelo reconhecimento do valor da mulher. Reconhecimento no tocante à sua condição de pessoa humana, e ao seu papel, à sua contribuição na história da humanidade. (VERONESE, 1998, p. 30).

A luta pela igualdade de gênero, pelo reconhecimento do valor da mulher e da criança enquanto sujeitos de direitos, a receber proteção especial e integral por parte da família, da sociedade e do Estado, requer a identificação das situações de desigualdade e violência. É preciso identificar os tipos, locais e modos pelos quais operam as violências e violações, para então combatê-los.

A reprodução da desigualdade de gênero, no entanto, não é feita apenas em relação aos direitos materiais negados, mas, de igual forma, ou pior, duplamente, nos julgamentos morais, sociais, institucionais a que mulheres estão constantemente submetidas. A esta lógica as meninas não escapam. Por esse motivo, passa-se à análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, visando averiguar a produção ou reprodução da discriminação de gênero no contexto do discurso jurídico.

3 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS DECISÕES DE CRIMES SEXUAIS COMETIDOS CONTRA MENORES DE 14 ANOS

Abordar a violência sexual contra crianças e adolescentes requer a compreensão de que, quando perpetrada contra meninas, a mesma está inserida na lógica da violência de gênero. Nesse sentido, a violência de gênero é toda aquela caracterizada por ter como vítima a identidade feminina. Este tipo de violência passou despercebida ao longo do tempo, ignorada ou então aceita, de acordo com os padrões sociais de cada época e cultura, pois “a violência de gênero foi e segue sendo em muitas partes do mundo como uma árvore no bosque do patriarcado” (CANTERA, 2007, p. 41).

A relação interpessoal alimentada pela ideologia patriarcal pode sustentar, condensar e refletir a violência social e cultural. Por este motivo, a violência de gênero deve ser entendida e remediada como uma questão social e cultural. As desigualdades de gênero resultam de uma construção sociocultural milenar e, neste sistema de “sujeição, dominação e de poder, passa-se a considerar natural a desigualdade construída socialmente” e,

nesse contexto, a violência se naturaliza incorporando-se no cotidiano e nas relações (intra)familiares, de modo a propiciar a complacência (CAMPOS; CORRÊA, 2007, p. 113).

Sabe-se que com a construção da identidade feminina, se produz maior probabilidade de serem vítimas de violência, seja por companheiros, amigos ou estranhos. E essas violações ocorrem justamente pelo simples fato de serem mulheres ou adotarem uma identificação de gênero diversa da masculina.

A cultura machista, que faz das mulheres objeto de desejo ou de propriedade dos homens, estimula, como visto anteriormente, variados tipos de violência, preconceito e discriminações. Dentre elas, destaca-se o estupro, que atinge mulheres e meninas, podendo levar, inclusive, à morte. De acordo com o Portal Brasil, segundo informações da Secretaria de Direitos Humanos, foram 37 mil os casos de denúncias de violência sexual recebidos pelo Disque 100 nos anos de 2015 e 2016, contra pessoas na faixa etária de 0 a 18 anos. Do total de crianças e adolescentes vítimas de abuso ou exploração sexual, 67,7% são meninas. Tem-se ainda que, das denúncias, 40% referiam-se a crianças na faixa de 0 a 11 anos, 30,3% a adolescentes na faixa de 12 a 14 anos e 20,09% na faixa de 15 a 17 anos (GOVERNO DO BRASIL, 2017).

Outro documento relevante é o Atlas da Violência 2018, o qual traz outros indicadores sobre a violência contra a mulher no Brasil. Consoante os registros administrativos, também relativos ao ano de 2016, verifica-se que as polícias brasileiras registraram, de acordo com o *11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 49.497 (quarenta e nove mil, quatrocentos e noventa e sete) casos de estupro. Apesar da subnotificação existente na referida base de dados (em razão de tratar-se de uma violência carregada de tabu, próprio de uma ideologia patriarcal), tem-se uma ideia da dimensão do problema que é a violência contra as mulheres (BRASIL, 2018).

O Atlas da Violência 2018 também apresenta algumas características relevantes sobre os casos de estupro anotados pelo SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde), entre 2011 e 2016. Houve um aumento de 90,2% das notificações dos casos de estupro, no período, no Brasil. Esse crescimento está relacionado, dentre outros, com a expansão e o aprimoramento dos centros de referência que registram as notificações. Quanto ao número de perpetradores, houve um aumento também na proporção de casos de estupros coletivos, os quais passaram de 13% para 15,4%, no período (BRASIL, 2018).

Considerados apenas os estupros registrados em 2016, a pesquisa aponta, quanto ao percentual das vítimas que, 67,9% dos casos de estupro com um único agressor, foram cometidos contra crianças e adolescentes.

Se analisar o número de estupros coletivos, a maior parte das vítimas também são menores de 18 anos: 63,8% dos casos. Tem-se, ainda, que quase um terço dos agressores das crianças são amigos ou conhecidos da vítima. Os outros 30% dos casos de estupro contra crianças são perpetrados por familiares mais próximos (pais, padrastos ou irmãos). Quanto à recorrência do estupro, os dados indicam que, nos casos em que a vítima conhece seu agressor, 54,9% deles, são ações que já vinham acontecendo anteriormente. Por fim, consta do documento que, no que tange ao local do crime, quando a vítima e o autor se conhecem, 78,6% dos casos de estupro ocorreram na própria residência e que, para coagir a vítima, os meios mais empregados são a força física e a ameaça (BRASIL, 2018).

Por último, um dado mais recente, divulgado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, relativo ao balanço anual do Disque 100 (Disque Direitos Humanos), revela que as denúncias de violações contra crianças e adolescentes, no ano de 2018, foram de 76.216 (setenta e seis mil, duzentos e dezesseis) registros, sendo que em uma única denúncia, pode haver duas ou mais violações. Assim, em 2018, houveram 152.178 (cento e cinquenta e dois mil, cento e setenta e oito) tipos de violações contra crianças e adolescentes. A violência sexual em 2018 ocupou o quarto lugar, com 22,40% das violações. Dentre as vítimas, subsiste a posição entre as meninas, o que demonstra que as discriminações de gênero continuam, ano após ano (BRASIL, 2019b).

O Código Penal, no capítulo relativo aos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece o crime de estupro de vulnerável, que consiste na conjunção carnal ou mesmo a prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos (artigo 217-A). Cumpre destacar que a tipificação, a partir da redação dada pela Lei nº 12.015/09, possui um critério objetivo: menor de 14 anos. Ocorre que, a despeito da criminalização da conduta, em alguns julgados ainda se verificam argumentos sexistas, que promovem verdadeira inversão de papéis entre agressor e vítima, relativizando a presunção da violência e ignorando completamente a condição da criança e da adolescente de pessoa em processo de desenvolvimento a receber integral proteção.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o tema em 25/10/2017 (Súmula 593), enunciando que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017).

Não obstante o STJ ter se posicionado no sentido de que o consentimento da vítima, a experiência sexual anterior ou mesmo a existência de relacionamento amoroso com o agente são irrelevantes quando da configuração do crime de estupro de vulnerável, subsiste no Tribunal de Justiça catarinense decisões que relativizam a presunção de vulnerabilidade da vítima, com fundamento nos mais variados motivos, dentre os quais, aqueles já destacados pela Súmula 593, do STJ, considerados irrelevantes para a consumação do crime.

A consulta jurisprudencial foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conhecido, dentre os demais tribunais, por seu forte conservadorismo. Em razão dos limites de tempo para realização da pesquisa e de espaço para promoção da análise, foram selecionados apenas cinco julgados, reputados mais impactantes pela utilização de fundamentos de caráter discriminatório e potencialmente ofensivo às mulheres. O período de busca foi de janeiro de 2014 (ano a partir do qual foram apresentados os dados de violência contra as mulheres, no presente trabalho) a dezembro de 2018. Portanto, extrai-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE AGIR AFASTADAS. MÉRITO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL POSITIVO. PALAVRA DA VÍTIMA CONFORTADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA CARREADOS AO FEITO. ALEGADO ERRO DE TIPO. INACOLHIMENTO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM TER O ACUSADO CONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA AO TEMPO DOS FATOS. RECONHECIDA A AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. ADOLESCENTE COM 13 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA. RELACIONAMENTO AMOROSO PÚBLICO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECRETO ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2014.026088-1, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Sérgio Rizelo, Julgado em 03/06/2014) (grifo nosso)

No caso em tela, depreende-se que o acusado fora condenado em primeiro grau e recorreu da decisão. O acórdão, de relatoria do Desembargador Sérgio Rizelo, ao argumento de que a adolescente de 13 anos teria consentido com a conjunção carnal, relativizou o irrelativizável (a presunção de vulnerabilidade da menina), dando provimento ao

recurso. Em argumentação contraditória, ao longo da fundamentação, o relator reconhece que “a presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável é, em regra, absoluta, prescindindo da vontade da vítima para o fim de examinar-se a tipicidade penal”. Contudo, em razão das “significativas modificações sociais e culturais observadas no cenário social”, o caso comporta excepcional relativização pois a vítima já tinha sua dignidade sexual comprometida, ainda que na data dos fatos contasse com 13 anos de idade e o acusado 25 anos.

Em argumentação semelhante à anterior, a 2ª Câmara Criminal, agora com a relatoria do Desembargador Getúlio Corrêa, proferiu, em julho de 2016, a seguinte decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - REEXAME EM APELAÇÃO CRIMINAL (CPC, ART. 543-C, § 7º, II) - APONTADA DIVERGÊNCIA COM DECISÃO DO STJ NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.480.881, QUE NÃO CONSIDERA A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E VULNERABILIDADE DE MENOR DE 14 ANOS - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - PECULIARIDADES QUE DENOTAM CONSENTIMENTO VÁLIDO - PLENO DISCERNIMENTO QUANTO AO ATO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REVISADO. *Mostra-se cabível a relativização da responsabilidade penal em excepcionálíssimas hipóteses, quando a vítima colabora para o ocorrido e possui maturidade psicológica em se tratando de namoro e relação sexual, apesar da tenra idade.* (Apelação Criminal n. 0001383-48.2011.8.24.0013, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Getúlio Corrêa, Julgado em 05/07/2016) (grifo nosso).

Trata-se de mais uma tese de caráter sexista, que culpabiliza a vítima, mediante o argumento de que ela colaborou para o ocorrido. Novamente, reproduz-se o padrão patriarcal, recaindo sobre a vítima o julgamento dos fatos. Neste caso, o envolvimento do réu, na época com idade superior a 25 anos, começou quando a menina contava com 8 anos de idade. Os atos sexuais se deram aos 11 anos da vítima. Como pode supor o julgador que uma criança possui maturidade psicológica ou sexual aos onze anos de idade? Com que fundamentação se profere tal argumento? O acórdão se mostra, para além do teor discriminatório, totalmente indiferente aos princípios protetivos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A terceira decisão, colhida do mesmo Tribunal, agora da Primeira Câmara Criminal, no julgamento da Apelação Criminal de n. 0000929-86.2011.8.24.0104, entendeu pela atipicidade da conduta do acusado, negando provimento ao recurso do Ministério Público, sob a tese de que “a vítima, mesmo com treze anos de idade, ao aceitar o denunciado como seu namorado e a livremente manter com ele relação sexual, sabia exatamente o que queria e o que estava fazendo” e que “as circunstâncias do caso e

a próprio (sic) compleição física da vítima delineada na fotografia de fls. 78/79, que não parece nenhuma criança, deixam claro que ela possuía maturidade sexual suficiente para consentir validamente frente a um ato sexual” (Apelação Criminal n. 0000929-86.2011.8.24.0104, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. José Inacio Schaefer, Julgado em 22/11/2016). Em evidente discriminação, o relator utiliza-se da compleição física da menina, revelada em uma foto, para aferir a sua maturidade sexual para o consentimento do ato perpetrado pelo acusado.

Mesmo após a edição da Súmula nº 593, do STJ, há decisões do tribunal catarinense que permanecem desconsiderando a vulnerabilidade presumida da vítima do crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal. Em acórdão proferido em abril de 2018, a 5ª Câmara Criminal referiu-se à inexistência de fragilidade da vítima, com 13 anos na época dos fatos, para manter o decreto absolutório:

APELAÇÃO CRIMINAL. NOVA APECIAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT E ART. 234, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL). JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DO ARTIGO 1.030 II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ABSOLVIÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. VÍTIMA ADOLESCENTE DE 13 ANOS DE IDADE E RÉU JOVEM DE 21 ANOS. VIOLÊNCIA OU COAÇÃO MORAL INEXISTENTES. INÍCIO DE RELAÇÃO PREEXISTENTE ANTERIOR A RELAÇÃO SEXUAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. PECULIARIDADES EXCEPCIONAIS DO CASO CONCRETO QUE REVELAM A INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. “Não obstante, não se desconheça recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI - tema 918 - no sentido de não ser possível relativizar a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, a questão merece maior reflexão. Em situações como a verificada neste caso concreto, deve-se reconhecer a excepcionalidade, uma vez que a vítima além de ter consentido com a consecução do ato sexual, mantinha um relacionamento encoberto, podendo-se afirmar ser um casal jovem, composto pelo réu com recém completados 20 anos e pela vítima, com 13 anos e 5 meses de vida. “A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presume, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. (TJSC, Apelação Criminal n. 0004862-12.2012.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. 24-11-2016)”. ACORDÃO MANTIDO. (Apelação Criminal n. 0001193-07.2013.8.24.0081, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel.ª Des.ª. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Julgado em 05/04/2018) (grifo nosso).

No relatório, a Desembargadora destaca que o fato era de “inteiro consentimento da mãe da vítima”, a qual teria não apenas permitido, como também incentivado a ação delituosa, “omitindo-se, assim, no seu dever de evitar o resultado, que possuía na condição de mãe”. Ao final do voto, asseverou que a conduta do réu-apelante revelou-se atípica pela “inexistência de comprovação de que os atos praticados tivessem a intenção de macular a dignidade sexual da ofendida”. Ou seja, nesse caso, registrou-se um duplo consentimento: da vítima e da genitora da vítima. Pode-se inferir que, embora redigido por uma mulher, houve a culpabilização da mãe da adolescente, que teria descuidado de seu papel de mãe ao permitir o relacionamento do réu com sua filha.

No mesmo sentido, tem-se a decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal, com relatoria do Desembargador Norival Acácio Engel, julgada em julho de 2018, quando do retorno dos autos, da 3ª instância, para o exercício de eventual juízo de retratação (consoante previsão do artigo 1.030, inciso II, do CPC):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, “CAPUT”, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA PROVIDO POR ESTA CÂMARA, EM VOTAÇÃO POR MAIORIA, PARA ABSOLVER O APELANTE, COM FULCRO NO ART. 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENCAMINHAMENTO DO FEITO PELA 2ª VICE PRESIDÊNCIA PARA EVENTUAL JUÍZO DE REATRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 1.030, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AFASTAMENTO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA, ANTE A PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. VÍTIMA ADOLESCENTE DE 12 ANOS DE IDADE QUE MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO ANTERIOR À PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS COM O APELANTE DE 22 ANOS. VIOLÊNCIA OU COAÇÃO MORAL INEXISTENTES. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA QUE, NO CASO, DEVE SER CONSIDERADO. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA. EXCEPCIONALIDADE DA PRESENTE HIPÓTESE QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. ACÓRDÃO MANTIDO. (Apelação Criminal n. 0800186-90.2014.8.24.0119, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Norival Acácio Engel, julgada em 17/07/2018) (grifo nosso).

No caso do presente julgado, a 2ª Câmara Criminal manteve o decreto absolutório proferido em setembro de 2016. Na fundamentação, o relator asseverou que o caso apresenta situação “excepcional” e que seu entendimento pessoal é o de que, em situações específicas, é possível a relativização da vulnerabilidade da vítima. Os casos específicos, mencionados pelo Desembargador Norival Acácio Engel, são aqueles em

que a menina: possui “[...] idade entre 12 e 13 anos, mantém relacionamento anterior com o autor do fato, e não exista entre eles diferença de idade significativa, além da análise de outras questões que se dão caso a caso.”. Aduz, então, que as provas contidas nos autos atestam que os “atos de intimidade se deram mediante o consentimento da adolescente”, a qual “possuía maturidade sexual suficiente para praticá-los”. Por fim, conclui que “o acusado e a ofendida trocavam mensagens amorosas pelo telefone celular” e que, inclusive, “ele deu um aparelho com chip para a adolescente para que pudessem manter contato”, mas a relação não evoluiu porque a mãe da menina desaprovou o relacionamento.

Os acórdãos apresentados demonstram que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem proferido decisões que reproduzem a discriminação de gênero. Argumentos de que a vítima contribuiu para o ocorrido, de que já possuía sua dignidade sexual comprometida ou então que apresentava compleição física avantajada ou desenvolvida, não são aptos a retirar a ilicitude de um crime. Ao contrário, demonstram que a violação aos direitos das mulheres e meninas ocorrem também por parte do poder judiciário.

Para Sabadell (2013), a discriminação contra mulheres pelo sistema de justiça se dá de cinco formas: pela descaracterização da infância (quando lhe é negado o *status* de criança); pela descaracterização do estupro (sob o argumento do consentimento); pela inversão da condição de vítima (alegando-se a existência de vida sexual ativa); pela reprodução do discurso patriarcal (a partir de teses sexistas) e pela violação ao princípio da legalidade penal (com a relativização da presunção de violência, em evidente ativismo judicial).

Tais decisões atentam contra os direitos das mulheres, violando também os direitos de crianças e adolescentes, as quais, pela disposição do Estatuto, encontram-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, devendo ser protegidas contra qualquer forma de violência, discriminação, crueldade e opressão. O poder judiciário deve se atentar para esta situação, que fere frontalmente os direitos fundamentais e humanos das mulheres e crianças, contrariando as normas nacionais e internacionais de proteção existentes.

A violência sexual contra crianças e adolescentes é um problema que deve ser enfrentado mediante a tríplice responsabilidade desenhada pelo ordenamento jurídico nacional, com participação do Estado, da família e da sociedade/comunidade, pois ela implica em prejuízos significativos para o desenvolvimento integral durante o período da infância. (MOREIRA, 2017, p. 608).

Para além do sistema de justiça, a necessidade do enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes, em especial a condição de gênero, requer uma ação intersetorial das políticas públicas e a percepção

e reconhecimento do outro como sujeito. Portanto, nesse processo de repensar alternativas e entender a transversalidade das políticas públicas, no entendimento de Costa (2012, p. 464), ela “vai ao encontro da busca pela promoção e efetivação do exercício da cidadania, que dizem respeito a todos os cidadãos, sejam eles homens ou mulheres”, crianças e adolescentes. Assim, a transversalidade na administração das políticas públicas deve considerar três aspectos, simultâneos, que consistem na: promoção da articulação intersetorial das ações nas políticas sociais federais; no estímulo à cooperação entre as esferas do governo (nos três níveis) e no incentivo à cooperação entre os agentes e as instituições das esferas pública e privada, fomentando a participação substancial dos cidadãos (COSTA, 2012).

Por isso, a construção de uma rede atuante na efetivação das políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes, planejada a partir dos diversos segmentos representativos da sociedade (como famílias, entidades governamentais, não-governamentais, programas, políticas sociais, Conselho Tutelar e Conselho de Direitos), são pressupostos para o enfrentamento à violência de gênero contra criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de a Constituição Federal de 1988 estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, a sociedade brasileira coexiste com a cultura patriarcal, que propaga a supremacia masculina por meio das relações de poder e cria estereótipos de gênero, os quais conduzem ao domínio do gênero feminino pelo masculino. Essa relação de opressão e dominação ocasiona diversas formas de discriminações e violências contra as mulheres, as quais recaem também sobre as meninas, crianças e adolescentes: violências de ordem física, psicológica e sexual.

O Direito da Criança e do Adolescente é orientado pelo paradigma da proteção integral e assegura a proteção de crianças e adolescentes contra qualquer forma de discriminação, exploração, violência, negligência, crueldade e opressão (artigo 5º, do ECA). Assim, qualquer atentado aos seus direitos fundamentais, seja por ação ou omissão, será punido na forma da lei. A lei estatutária reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a receber proteção diferenciada, especializada e integral. A proteção integral deve, portanto, nortear todas as ações e medidas adotadas quando se tratarem de crianças e adolescentes.

Dentre as formas de violências que atingem mulheres e crianças, está a violência sexual. Segundo informações colhidas do Disque 100, nos anos de 2015 e 2016, foram registrados 37 mil casos de denúncias de

violência sexual no Brasil. Quando consideradas as denúncias cujas vítimas eram crianças e adolescentes, verificou-se que 67,7% eram meninas, indicando que a dimensão de gênero também se reflete na agressão à crianças e adolescentes.

O Código Penal tipifica o crime de estupro de vulnerável no artigo 217-A, que consiste na conjunção carnal ou na prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos. A conduta possui um critério objetivo o qual, em tese, não comporta relativização. O STJ firmou o entendimento, com a Súmula nº 593, de que o crime de estupro de vulnerável se configura independentemente de eventual consentimento da vítima, de sua experiência sexual anterior ou da existência de relacionamento amoroso com o agente. Contudo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos julgados que envolvem crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais (como é o caso do crime em comento), tem apresentado decisões contraditórias, com a relativização da presunção da violência e clara reprodução da discriminação de gênero.

A análise dos julgados demonstrou que o poder judiciário profere decisões que trazem indícios de sexismo. Assim, fundamentos de que a menina contribuiu para o ocorrido, de que já tinha sua dignidade sexual comprometida, de que possuía compleição física desenvolvida ou mesmo maturidade sexual suficiente para consentir frente a um ato sexual, são encontrados em acórdãos recentes do tribunal catarinense, indicando que o poder judiciário ainda reproduz a discriminação de gênero em suas decisões, violando os direitos de meninas e mulheres e ignorando, por completo, o paradigma da proteção integral.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. *Mediações*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 83-105, jul./dez. 2012.

BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla. *Feminismo como crítica da modernidade*: releitura dos pensadores contemporâneos do ponto de vista da mulher. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da Violência 2019*. Brasília: Ipea/FBSP, 2019a.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Crianças e adolescentes: balanço do Disque 100 aponta mais de 76 mil vítimas*. 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/criancas-e-adolescentes-balanco-do-disque-100-aponta-mais-de-76-mil-vitimas>. Acesso em: 14 jul. 2019b.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Disponível em: <https://>

ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Primeira Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0000929-86.2011.8.24.0104, Relator Desembargador José Inácio Schaefer, Julgado em: 22/11/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Quinta Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0001193-07.2013.8.24.0081, Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Julgado em: 05/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0800186-90.2014.8.24.0119, Relator Desembargador Norival Acácio Engel, Julgado em: 17/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0001383-48.2011.8.24.0013, Relator Desembargador Getúlio Corrêa, Julgado em: 05/07/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 2014.026088-1, Relator Desembargador Sérgio Rizelo, Julgado em: 03/06/2014.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CABRAL, Johana. *Família, sociedade e Estado na promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente: um estudo da teoria da proteção integral*. Criciúma: UNESC, 2012.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, direito comparado, estatísticas, estudos de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional*. Curitiba: Juruá, 2007.

CANTERA, Leonor M. *Casais e violência: um enfoque além do gênero*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

CISNE, Mirlla. *Feminismo e consciência de classe no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2018.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; Porto, Rosane. A transversalidade das políticas públicas de gênero: um caminho para efetivação dos direitos sociais da mulher. In: *Anais Simpósio Internacional de Direito: Dimensões Materiais e Eficácias dos Direitos Fundamentais*. Ed. UNOESC. Chapecó, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da criança e do adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

GOVERNO DO BRASIL. Cidadania e Justiça. *Dia Nacional Contra Abuso Sexual de Crianças e Jovens é celebrado nesta quinta (18)*. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/dia-nacional-contra-abuso-sexual-de-criancas-e-jovens-e-celebrado-nesta-quinta-18>. Acesso em: 14 jul. 2019.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Mamãe África cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.

MARQUES, Aline Fernandes. *Têm mulheres na prisão, tem prisão nas mulheres: uma análise das atividades laborais e educacionais desempenhadas por mulheres presas em estabelecimentos prisionais mistos de Santa Catarina*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O enfrentamento a violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). *Direito da criança e do adolescente: novo curso – novos temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 607-635

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). *Direito da criança e do adolescente: novo curso – novos temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 131-183.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-30, jan./abr. 2005.

SILVA, Artenira da Silva e; BARBOSA, Gabriella Souza da Silva. A determinação de reeducação de agressores domésticos como medida necessária frente à violência psicológica nas varas de família, da infância e da violência doméstica. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 18, n. 32, p. 59-80, set./dez. 2018.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores?* São Paulo: Ed. Cidade Nova, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? O que diz a Lei do Sinase: a imputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 1. ed. Brasília: OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 2015.

**SCHWIERIGKEITEN BEI EINER AN KANT
ORIENTIERTEN AUSLEGUNG DER WÜRDE
DES MENSCHEN: ZUGLEICH EINE KRITISCHE
BETRACHTUNG DER ENTSCHEIDUNG DES
BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS ÜBER DIE
VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES § 14 Abs. 3 LuftSiG**

*DIFFICULTIES IN A KANT-ORIENTED INTERPRETATION OF
HUMAN DIGNITY: SIMULTANEOUSLY A CRITICAL TREATMENT
OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE
UNCONSTITUTIONALITY OF § 14 Abs. 3 LuftSiG*

Matheus Pelegrino da Silva¹ 

¹ Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg, Freiburg,
Alemanha. Doutor em
Direito e em Filosofia.
E-mail: mathpelegrino@
hotmail.com

Sumário: Einleitung. 1 Schutz der Menschenwürde durch das Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverbot in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes. 2 Kant und die Würde des Menschen. 2.1 Die Würde des Menschen und die von ihr abgeleiteten Verbote. 2.2 Faktische und vernünftige Zustimmung bei Kant. 2.3 Kants Auffassung des Notstands als Relativierung des Gebotes der Achtung der Menschenwürde. 3 Vier Varianten des Trolley-Problems und die Bedeutung dieser Experimente für die Diskussion über das Instrumentalisierungsverbot. 4 Kann der übergesetzliche Notstand den Piloten motivieren, das Flugzeug zum Absturz zu bringen? Schluß. Literaturverzeichnis.

Zusammenfassung: In diesem Aufsatz wird anhand einiger Überlegungen Kants über die Würde des Menschen argumentiert, dass, eine Person als bloßes Mittel zu betrachten, immer bedeuten wird, eine Person als Objekt, als Nicht-Inhaber ihrer eigenen Freiheit zu betrachten, obwohl dieses Argument nicht genügt, um das Gegenteil der Verbindung zwischen der Betrachtung als bloßes Mittel und der Betrachtung als Nicht-Inhaber der eigenen Freiheit zu beweisen, denn die Handlung, die eine Person objektifiziert, ist von der Handlung zu unterscheiden, bei der eine Person als bloßes Mittel betrachtet wird. Zuerst wird erläutert, wie das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Menschenwürde bei der Entscheidung über das Luftsicherheitsgesetz verstanden und angewendet hat. Dabei wird analysiert, welche allgemeinen Überlegungen über den Schutz der Würde des Menschen durch Instrumentalisierungsverbote und Objektformel (hier als Objektifizierungsverbot bezeichnet) in dieser Entscheidung verwendet wurden. Im zweiten Teil wird Kants Behandlung der Thematik der Würde des Menschen und der Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverboten dargestellt. Der Zusammenhang zwischen Angriffen auf die

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.3207>

Autor Convidado.



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Menschenwürde und möglichen Notstandssituationen wird untersucht, sowie die Gründe, warum bei Kant diese Verbote nicht als absolute Verbote zu betrachten sind. Danach wird durch die Darstellung von vier Varianten des sogenannten Trolley-Problems argumentiert, dass die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG in dem Instrumentalisierungsverbot keine Begründung findet kann. Im letzten Teil wird diskutiert, welche Konsequenzen die Anwendung einer Kant inspirierte Auffassung der Würde des Menschen für die Auslegung des verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde mit sich bringt und wieweit diese Auslegungsalternative von Kants Auffassung der Instrumentalisierungs- und Objektivierungsverbots abweicht.

Schlüsselwörter: Menschenwürde. Objektformel. Luftsicherheitsgesetz. Kant. Trolley-Problems.

Abstract: In this essay it will be argued by means of some considerations from Kant on human dignity that to treat a person as merely a means will always signify to treat a person as an object, as not-owner of her own freedom, even though this argument is not enough in order to demonstrate the opposite of the connection between the treatment as merely a means and the treatment as not-owner of her own freedom, since the action that objectifies a person needs to be distinguished from the action in which a person is treated merely as a means. Initially it will be discussed how the Constitutional Court understood and applied the protection of human dignity in the decision about the Air Security Act. In this context it will be analyze which general considerations on the protection of human dignity through the prohibition of instrumentalization and the object formula (here designated as prohibition of objectification) were employed in this decision. In the second part Kant's treatment of the thematic of human dignity and of the prohibitions of instrumentalization and objectification will be presented. The connections between offences to human dignity and possible emergency situations will be investigated and also the reasons why in Kant's thought these prohibitions are not to be considered as absolute prohibitions. Then through the exposition of four variants of the so called trolley problem it will be argued that the decision on the unconstitutionality of § 14 Abs. 3 LuftSiG does not find any base on the prohibition of instrumentalization. In the last part of the text the possible consequences of the employment of a Kant-inspired understanding of human dignity for the interpretation of the constitutional protection of human dignity will be discussed, and also in which extend this interpretative alternative deviates from Kant's conception of the prohibitions of instrumentalization and objectification.

Keywords: Air Security Act. Human dignity. Kant. Object formula. Trolley-Problems.

EINLEITUNG

In einem bekannten Kommentar zu Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG („Die Würde des Menschen ist unantastbar“) schreibt Günter Dürig Folgendes: „Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“ (1956, S. 127).¹ Nach Dürigs Auffassung ist die Würde des Menschen verletzt, wenn ein Mensch „zum Objekt, zu einem bloßen Mittel [...] herabgewürdigt wird“. Sofern Dürigs Interpretation als Referenz für die Anwendung der Art. 1 Abs. 1 angewendet wird, sofern die Unantastbarkeit der Menschenwürde so interpretiert wird, wie er behauptet, kann man trotzdem fragen, ob der Schutz der Menschenwürde als Schutz gegen eine oder mehrere Arten von Angriffen auf sie existiert. Weiter unten wird anhand einiger Überlegungen Kants über die Würde des Menschen argumentiert, dass, eine Person als bloßes Mittel zu betrachten, immer bedeuten wird, eine Person als Objekt, als Nicht-Inhaber ihrer eigenen Freiheit zu betrachten. Aber dieses Argument genügt nicht, um das Gegenteil der Verbindung zwischen der Betrachtung als bloßes Mittel und der Betrachtung als Nicht-Inhaber der eigenen Freiheit zu beweisen. Nur weil das Instrumentalisieren einer Person die Konsequenz hat, die instrumentalisierte Person als Objekt zu betrachten, bedeutet das nicht, dass die Betrachtung einer Person als Objekt eine Instrumentalisierung bedeutet. Es ist möglich eine Person als Objekt zu betrachten, ohne dass diese Person gleichzeitig als Mittel zu einem Zweck dient. Die Handlung, die eine Person objektifiziert, die also nach Kants Auffassung die Freiheit dieser Person nicht anerkennt, ist von der Handlung zu unterscheiden, bei der eine Person als bloßes Mittel betrachtet wird.

Der Schutz der Menschenwürde war der entscheidende Grund, warum das Bundesverfassungsgericht § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG), das unter extremen Situationen das Abschießen von Passagierflugzeugen erlaubt, für verfassungswidrig erklärt hat. Im vorliegenden Aufsatz wird zuerst diskutiert, wie das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Menschenwürde bei der Entscheidung über das Luftsicherheitsgesetz verstanden und angewendet

1 Eine wesentlich ähnliche Interpretation des Art. 1 Abs. 1 wird auch von Wintrich vertreten: „Da die Gemeinschaft sich aus freien eigenständigen Personen aufbaut, die durch ihr Zusammenwirken das Gemeinschaftsgut verwirklichen, muß aber der Mensch auch in der Gemeinschaft und ihrer Rechtsordnung immer ‚Zweck an sich selbst‘ (Kant) bleiben, darf er nie zum bloßen Mittel eines Kollektivs, zum bloßen Werkzeug oder zum rechtlosen Objekt eines Verfahrens herabgewürdigt werden“ (1952, S. 227). Über die Entstehung der Verbindung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Würde des Menschen und Kants Philosophie durch die Beiträge von Dürig und Wintrich, siehe Philipp Wallau (2010, S. 23 ff.).

hat. Dabei wird analysiert, welche allgemeinen Überlegungen über den Schutz der Würde des Menschen durch Instrumentalisierungsverbote und Objektformeln (hier als Objektifizierungsverbot bezeichnet) in dieser Entscheidung verwendet wurden. Danach wird Kants Behandlung der Thematik der Würde des Menschen und der Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverboten dargestellt. In diesem Kontext wird der Zusammenhang zwischen Angriffen auf die Würde des Menschen und möglichen Notstandssituationen untersucht, sowie die Gründe, warum bei Kant diese Verbote nicht als absolute Verbote zu betrachten sind. Nach diesen Überlegungen wird überprüft, ob die Entscheidung des Bundesgerichtes von einem moralischen (und von Kants Philosophie orientierte) Gesichtspunkt Unterstützung finden könnte. In einem dritten Teil wird mittels der Betrachtung von vier Varianten des sogenannten Trolley-Problems argumentiert, dass die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG in dem Instrumentalisierungsverbot keine Begründung finden kann. Anhand einiger Ergebnisse von empirischen Forschungen wird problematisiert, wie überzeugend Kants Auffassung der menschlichen Handlung ist. Im letzten Teil dieser Abhandlung wird, ausgehend von der Notion des Notstandes, zuerst hervorgehoben werden, dass § 14 Abs. 3 LuftSiG in Konflikt mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG stehen kann, obwohl eine andere Formulierung dieser Norm als eine Art *lex specialis* in Verhältnis mit § 35 StGB verstanden werden könnte. Dabei wird auch analysiert, wie die Annahme eines absoluten Instrumentalisierungs- oder Objektifizierungsverbots zusammen mit der Vertretung der Verfassungsmäßigkeit des § 35 StGB in Frage gestellt werden kann, und welche allgemeine Bedeutung diese Situation für die Anwendung einer kantianischen Auffassung der Würde des Menschen in Verbindung mit absoluten Verboten hat.

1 SCHUTZ DER MENSCHENWÜRDE DURCH DAS INSTRUMENTALISIERUNGS- UND OBJEKTIFIZIERUNGSVERBOT IN DER ENTSCHEIDUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTES

Laut originaler Auffassung des § 14 Abs. 3 LuftSiG wäre die „unmittelbare Einwirkung auf“ ein „Luftfahrzeug mit Waffengewalt zulässig“, solange „nach den Umständen davon auszugehen [...] [wäre], dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Rz. 14) sei. Zur Anwendung dieser Maßnahme wäre nach §

14 Abs. 4 „der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 14) zuständig.

Für einen denkbaren Luftsicherheitsfall haben die Beschwerdeführer für die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG argumentiert, dass diese Vorschrift „dem Staat erlaube, vorsätzlich Menschen zu töten, die nicht Täter, sondern Opfer eines Verbrechens geworden seien“, sodass § 14 Abs. 3 LuftSiG „ihre Rechte aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 GG“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 35) direkt verletzt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde als begründet anerkannt. Bei der Begründung der Entscheidung wurde erwähnt, dass „[d]as Sicherheitsgesetz [...] gegen die Grundrechte der Beschwerdeführer auf Menschenwürde und Leben gemäß Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 [verstoße]. Es mache sie zum bloßen Objekt staatlichen Handelns“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 37). Es wurde argumentiert, dass eine „Abwägung Leben gegen Leben“ unzulässig sei, denn „[d]er Staat dürfe Menschen nicht deswegen töten, weil es weniger seien, als er durch ihre Tötung zu retten hoffe“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 38). Gegen die „Relativierung des Lebensrechts der Passagiere“ hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass eine solche Relativierung die Passagiere „zum bloßen Objekt staatlichen Handelns“ mache und „ihrer menschlichen Qualität und Würde“ beraube (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 39).

Das Bundesverfassungsgericht hat auch entschieden, dass ein Luftfahrzeug abschießen verfassungsmäßig wäre, solange sich diese Maßnahme „gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder gegen den- oder diejenigen richtet, denen ein solcher Angriff zuzurechnen ist“ (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 118). Es wurde erwähnt, dass unter solchen Umständen § 14 Abs. 3 LuftSiG mit dem im Grundgesetz enthaltenen Lebensrecht Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 vereinbar wäre (Cf. BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 140). Denn in einem solchen Fall würde der Staat das Leben der Angreifer nicht instrumentalisieren, argumentiert das Bundesverfassungsgericht, weil den Angreifern die Möglichkeit angeboten werden würde (z. B. durch Warnschüsse), ihre Absicht, das Flugzeug als Waffe zu benutzen, aufzugeben (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 142). Der Schutz des Verfassungsrechtes auf Leben wäre durch die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit relativiert, denn unter gewissen Bedingungen wäre es verhältnismäßig, das Leben der von den Angreifern Gefährdeten durch das Töten der Angreifer zu schützen (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 144-145 und 149). Auch die Pflicht des Staates, die Würde der Angreifer zu achten, wäre durch das Handeln des Staates nicht

verletzt. In diesem Zusammenhang muss aber bemerkt werden, dass die Tötung der Angreifer nicht als Mittel interpretiert werden darf, sondern als eine zweite Wirkung des Absturzes des Flugzeuges (dieses Argument, das sogenannte „Prinzip der Doppelwirkung“, stammt von Thomas von Aquin. Cf. AQUIN, 1953, S. 174 (2-2, q. 64 a. 7)), die nicht erwünscht aber akzeptierter wäre. Aus diesem Grund würde das Abschießen des Flugzeuges auch keinen Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot bedeuten. Darüber hinaus ist auch zu achten, dass eigentlich kein Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot vorliegt, es sei denn im Flugzeug wären nicht nur die Angreifer anwesend, sondern auch unbeteiligte Passagiere. Dazu sind die weiter unten behandelten vier Varianten des Trolley-Problems zu berücksichtigen.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch das folgende Argument signalisiert, wie die Achtung der Würde des Menschen mittels des Objektifizierungsverbots verstanden wird:

Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt [...], wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 141).

Darüber hinaus wurde hervorgehoben, dass die Tötung der Angreifer keinen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt, weil die Angreifer „nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns“ behandelt werden. Dieses Argument erfolgt durch den Hinweis, dass anders als die Passagiere, die Angreifer die Möglichkeit bekommen würden, ihre Pläne aufzugeben, d.h. die Tötung der Angreifer würde nur mit einer Art von Zustimmung dieser erfolgen. Andererseits würde die Tötung der Passagiere zusammen mit den Angreifern eine Objektifizierung der Passagiere bedeuten, denn sie würden (zusammen mit ihrem Leben) ihre Freiheit verlieren, obwohl sie an der Bedrohung des Lebens anderer nicht beteiligt waren.

Bezüglich der vom Bundesverfassungsgericht ausgeübten Anwendung der Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverbote ist ein weiterer Aspekt zu beachten. In der Entscheidung wurde an mehreren Punkten hervorgehoben, dass das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges einen Verstoß gegen die Würde des Menschen repräsentieren könnte, weil durch diese Handlung der Staat die Passagiere als „bloße Objekte“

behandeln würde (In der Entscheidung ist die Idee der Behandlung als Objekt achtmal erwähnt. Siehe BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 37, 39, 47, 121, 124 (zweimal), 134 und 141. Und weitere zwei Mal wird der Ausdruck „verdinglicht“ verwendet. Siehe BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 124 und 134). Trotz dieser Verknüpfung der verfassungswidrigen Natur der Norm mit dem Objektifizierungsverbot wurde in einer Textstelle das Instrumentalisierungsverbot nicht nur fast ausdrücklich erwähnt, sondern auch als Synonym für Objektifizierung betrachtet:

Sie [die „Flugzeugbesatzung und -passagiere“] werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt. (BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 124)

Angesichts dieser Äußerung ist es möglich zu behaupten, dass die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht nur aufgrund einer bestimmten Auffassung des Objektifizierungsverbotes erfolgt ist, sondern auch unter Beachtung des Instrumentalisierungsverbotes. Mit dem Ziel einige Elemente der Begründung dieser Entscheidung in Frage zu stellen, sowie die Konsequenzen dieser Entscheidung für konkrete Situationen und für die Auslegung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Menschenwürde, werden im Folgenden Themen behandelt, die in Verbindung mit der Anwendung einer kantianischen Auffassung der Menschenwürde stehen, sowie wird diskutiert, welche Auswirkungen diese Interpretation des verfassungsrechtlichen Schutzes der Menschenwürde mitsichbringen können.

2 KANT UND DIE WÜRDE DES MENSCHEN

Eine Darstellung von Kants Auffassung der Würde des Menschen involviert nicht nur die Präsentation seiner Ausführungen über die Bedeutung und Implikationen der Anerkennung der Würde des Menschen, sondern auch die Identifikation der Grenzen in Bezug auf die Achtung der Würde des Menschen. Aus diesem Grund werden zuerst Kants Argumente für die Verknüpfung des Schutzes der Menschenwürde mit den Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverboten dargestellt. Danach wird anhand Kants Bemerkungen über die Zustimmung und den Notstand diskutiert, welche Begrenzungen diese Achtung der Würde des Menschen aus Kants philosophischer Perspektive erfahren könnten.

2.1 Die Würde des Menschen und die von ihr abgeleiteten Verbote

In einer der bekanntesten Formulierungen der Verknüpfung der Menschenwürde² mit dem Instrumentalisierungsverbot (und auch mit dem Objektivierungsverbot – dazu muss angemerkt werden, dass Kant keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Instrumentalisierungs- und Objektivierungsverbot durchgeführt hat, aber trotzdem ist es möglich, aufgrund Kants Argumentation über die Würde des Menschen diese Unterscheidung zu machen, denn das Objektivierungsverbot, wie weiter unten dargestellt, wird nach seiner Auffassung das Instrumentalisierungsverbot begründen) behauptet Kant Folgendes:

Allein der Mensch als *Person* betrachtet, d. i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als solcher (*homo noumenon*) ist er nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d. i. er besitzt eine *Würde* (einen absoluten innern Werth), wodurch er allen andern vernünftigen Weltwesen *Achtung* für ihn abnötigt, sich mit jedem Anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann (1902 ff., S. 434-435. Diese Schriften werden mit dem Ausdruck „AA“ und der Angabe des Bands und der Seite referiert).

In diesem Absatz argumentiert Kant, dass jeder Mensch, weil er „Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft“ ist, „nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen“ ist. Da alle Menschen die Achtung ihrer Würde verdienen, darf kein Mensch einen anderen Menschen oder sich selbst (Cf. KANT, AA VI, S. 436) bloß als Mittel betrachten. Dazu ist zu achten, dass Kant den kategorischen Imperativ auf sehr unterschiedliche Weise formuliert hat. In einer der abstrakten Formulierungen heißt es: „*handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*“ (KANT, AA IV, S. 421). Darüber hinaus ist zu beachten, dass in Kants Philosophie die Fähigkeit, eine Maxime zu wollen, mit seiner Auffassung der Autonomie in Verbindung steht.

2 Sensen vertritt die Auffassung, dass in Kants Philosophie „Würde“ kein Hauptbegriff, sondern als „secondary concept“ zu verstehen ist. Sensen macht deutlich, dass diese Auffassung nicht das Ziel hat, die Perspektive zu unterstützen, dass „Würde“ in Kants Philosophie keine Rolle spielt, sondern um hervorzuheben, dass die Würde des Menschen kein Grundstein in Kants praktischer Philosophie ist (siehe 2011, S. 203). Für Kant, so argumentiert Sensen, ist die Würde kein „moral fact“, von welchem man ausgehen könnte, denn für Kant ist genau das Gegenteil der Fall: „for Kant the burden of proof is on a defender of a prior value of human beings“. (2011, S. 204). Nach Sensen Interpretation würde der kategorische Imperativ als „direct command of Reason“ (2011, S. 96) und nicht die Würde als Grundstein in Kants praktischer Philosophie zählen. Dass die Menschen einen kategorischen Imperativ beachten sollen, das wäre eine Konsequenz der Tatsache, dass Menschen „moralisch-praktische Vernunft“ besitzen (siehe 2011, S. 117).

Weil die Menschen Autonomie besitzen, haben sie die Möglichkeit, Maxime zu wollen oder nicht. In einer anderen Formulierung ist das Instrumentalisierungsverbot bei der Beschreibung des kategorischen Imperativs deutlich erwähnt: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“ (KANT, AA IV, S. 429). Und in einer wieder anderen Formulierung ist die Idee, dass die Menschen vernünftige Wesen sind, mit dem Instrumentalisierungsverbot verknüpft: „vernünftige Wesen stehen alle unter dem Gesetz, daß jedes derselben sich selbst und alle andere niemals *bloß als Mittel*, sondern jederzeit zugleich als Zweck an sich selbst behandeln solle“ (KANT, AA IV, S. 433).

Für Kant ist die Menschenwürde nicht ein Recht, auf das der Berechtigte verzichten kann, denn dieses Recht ist mit der Tatsache verbunden, dass ein Mensch ein vernünftiges Wesen ist.

Und was ist es denn nun, was die sittlich gute Gesinnung oder die Tugend berechtigt, so hohe Ansprüche zu machen? Es ist nichts Geringeres als der *Anteil*, den sie dem vernünftigen Wesen an der *allgemeinen Gesetzgebung* verschafft und es hiedurch zum Gliede in einem möglichen Reiche der Zwecke tauglich macht, wozu es durch seine eigene Natur schon bestimmt war, als Zweck an sich selbst und eben darum als gesetzgebend im Reiche der Zwecke, in Ansehung aller Naturgesetze als frei, nur denjenigen allein gehorchend, die es selbst giebt und nach welchen seine Maximen zu einer allgemeinen Gesetzgebung (der es sich zugleich selbst unterwirft) gehören können (KANT, AA IV, S. 435 f.).

Weil die Menschen „moralisch-praktische Vernunft“ besitzen, weil dies eine Eigenschaft der Menschen in Gegensatz zu anderen Wesen ist, die komplett von der Natur determiniert sind, besteht für alle Menschen die Pflicht, die Menschen „als Zweck an sich selbst“ zu betrachten, und das ist eine Konsequenz der Tatsache, dass die Menschen die Möglichkeit besitzen, ihre Freiheit auszuüben (über die Verknüpfung der Notion von „als Zweck an sich“ mit der Freiheit als wesentliche Eigenschaft der Menschen, siehe Sensen (2011, S. 100 ff.)). Einen Menschen bloß als Mittel zu betrachten, bedeutet in diesem Zusammenhang, einen Menschen zu behandeln, als ob er nicht die Möglichkeit hätte, seine Freiheit auszuüben und allein zu entscheiden, wie er diese Freiheit ausüben will.

In dem oben zitierten Text verbindet Kant die Menschenwürde mit zwei Verboten, dem Instrumentalisierungs- und dem Objektifizierungsverbot. Das Instrumentalisierungsverbot ergibt sich aus der in der Textstelle nicht hervorgehobenen, aber trotzdem erwähnten Tatsache, dass für Kant die Menschen vernünftige (freie) Wesen sind. Einen Menschen zu instrumentalisieren, bedeutet einen Menschen für einen Zweck einzusetzen, dem dieser Mensch nicht zugestimmt hat. Dieses Instrumentalisieren ist verboten, weil es einen Angriff auf die Freiheit

des Menschen repräsentiert. Andererseits ist das Objektifizierungsverbot das Verbot, von dem das Instrumentalisierungsverbot seine Begründung erhält. Für die Begründung des Instrumentalisierungsverbotes reicht die Behauptung nicht, dass Menschen freie Wesen sind, denn wenn nur das angenommen ist, bleibt die Möglichkeit, die Freiheit der Menschen nicht zu respektieren. Die Pflicht, andere Menschen als freie Wesen zu betrachten und zu achten, sie nicht zu instrumentalisieren, stammt aus der Pflicht, Menschen als freie Wesen zu betrachten und zu achten, d.h. aus der Pflicht, andere Menschen nicht als Objekte zu sehen. Darüber hinaus ist auch zu bemerken, dass, weil das Objektifizierungsverbot das Instrumentalisierungsverbot umfasst, aber nicht mit ihm identisch ist, immer die Möglichkeit besteht, dass ein Handeln, das nicht gegen das Instrumentalisierungsverbot verstößt, trotzdem als ein Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot verstanden werden kann. In diesem Zusammenhang könnte bei der unten erwähnten vierten Variante des Trolley-Problems könnte gefragt werden, ob die Steuerung des Zuges als ein Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot interpretiert werden kann. Es muss jedoch bemerkt werden, dass wenn der Zug auf eine andere Bahn gesteuert wird, kann trotzdem diskutiert werden, ob diese Änderung eine Objektifizierung einer Person bedeutet, oder ob das Nicht-Handeln als Objektifizierung der fünf anderen Personen interpretiert werden muss. Ist ein Handeln, das nicht durch eine Instrumentalisierung erfolgt, aber trotzdem gegen die Zustimmung der Betroffenen ausgeübt wird, als Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot zu verstehen, wenn durch diese Handlung vermieden wird, dass fünf Personen getötet werden – auch wenn diese fünf Personen keine Zustimmung für das Nicht-Handeln gegeben haben? Hier kann eine positive Antwort nur angenommen werden, wenn das Objektifizierungsverbot so verstanden werden soll, dass es eine Handlung verbietet, solange diese Handlung ohne die Zustimmung der betroffenen Person(en) erfolgt, auch wenn durch diese Handlung viele andere Personen gerettet werden (siehe KERTSTEIN, 2013, S. 136-137).

2.2 *Faktische und vernünftige Zustimmung bei Kant*

Kants Vertretung eines Instrumentalisierungsverbotes kann nicht so interpretiert werden, als habe er es als ein *absolutes* Instrumentalisierungsverbot konzipiert. Das Verbot, andere bloß als Mittel zu betrachten, bedeutet das Verbot, die Freiheit einer Person ohne ihre Zustimmung zu begrenzen. Aber nicht *alle* Begrenzungen der Freiheit eines Menschen müssen als einen Verstoß gegen die Würde des Menschen interpretiert werden, denn die Unterscheidung zwischen faktischer oder vernünftiger (rationeller) Zustimmung muss berücksichtigt werden.

In Kants Philosophie ist diese Unterscheidung zwischen vernünftiger und faktischer Zustimmung nicht in direkter, aber in indirekter Form zu finden. So ist für ihn der „ursprüngliche Vertrag“ eine Art von Norm, die keine faktische Zustimmung benötigt³, aber andererseits hebt er hervor, dass es Fälle geben kann, bei denen eine Zustimmung unmöglich ist, wie z. B. wenn eine Zustimmung faktisch möglich, aber nicht notwendig ist. Kants Ausführungen über die Zustimmung zeigen, dass es für ihn möglich ist, etwas als Norm zu betrachten, solange keine notwendige vernünftige Ablehnung (also Situationen, bei denen eine Zustimmung vernünftig unmöglich ist) existiert. Trotz dieser Überlegungen ist es erforderlich zu beachten, dass Kants Unterscheidung der Zustimmung in vernünftige und faktische in einem konkreten Fall präsentiert wird, so dass die Anwendung dieser Unterscheidung für die Diskussion über das Instrumentalisierungsverbot mit der Voraussetzung operieren muss, dass Kant diese seine Unterscheidung auch bei der Beantwortung anderer praktischer Fragen anwenden würde.

Bei dem Problem des zum Absturz-Bringens eines entführten Flugzeuges argumentiert Schaber (Siehe 2010, S. 139-140), dass diese Handlung als erlaubt betrachtet werden könnte, solange es möglich wäre zu argumentieren, dass die Passagiere ihrer eigenen Tötung zustimmen würden, d. h., wenn es möglich wäre zu zeigen, dass eine vernünftige Zustimmung für die Tötung tatsächlich erfolgt. Schaber bemerkt, dass das Instrumentalisierungsverbot in vielen Situationen als ein Verbot zu verstehen ist, dass durch eine vernünftige Zustimmung aufgehoben werden könnte. Dass diese Möglichkeit besteht, ist nicht schwierig zu zeigen, so wie Kant behauptet, dass die Pflicht, nicht zu lügen, keine absolute Pflicht ist, denn es ist beispielsweise möglich zu argumentieren, dass diese Pflicht nicht das Verbot des Lügens umfasst, wenn jemand einer Geburtstagsperson sagt, dass keine Überraschungsparty für sie vorbereitet ist. Eine Ausnahme für die Pflicht, niemals zu lügen, ist auch ohne Zustimmung möglich. So argumentiert Kant, wenn er die Situation analysiert, in der eine Lüge die einzige Lösung für das Vermeiden eines Diebstahls ist (siehe AA XVII, S. 448).

Nach strikter Auslegung von Kants Text über die vernünftige Zustimmung kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zustimmung der Passagiere möglich wäre. Trotzdem ist in einer faktischen Situation

3 „Allein dieser Vertrag (*contractus originarius* oder *pactum sociale* genannt), als Coalition jedes besondern und Privatwillens in einem Volk zu einem gemeinschaftlichen und öffentlichen Willen (zum Behuf einer bloß rechtlichen Gesetzgebung), ist keinesweges als ein *Factum* vorauszusetzen nöthig (ja als ein solches gar nicht möglich) [...]. Sondern es ist eine bloße *Idee* der Vernunft, die aber ihre unbezweifelte (praktische) Realität hat“ (KANT, AA VIII, S. 297).

(dazu können die Ereignisse erwähnt werden, die am 11. September 2001 im Flug United Airlines 93 stattgefunden haben) zu vermuten, dass die Passagiere nicht bevorzugen, tatenlos zu bleiben und sich zu opfern. Vielleicht könnte in einer extremen Situation, wenn die Passagiere wissen, dass es für sie keine Möglichkeit mehr gibt, ihre eigenes Leben zu retten, über vernünftige Zustimmung gesprochen werden, und durch diese Art von Zustimmung das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges nicht als Instrumentalisierung betrachtet werden. Andererseits ist es in allen anderen Situationen nicht möglich, die Auffassung zu begründen, dass das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges nicht gegen die Entscheidung der Passagiere erfolgen würde.

2.3 Kants Auffassung des Notstands als Relativierung des Gebotes der Achtung der Menschenwürde

Obwohl die Tötung der Passagiere als Konsequenz des Absturzes des Flugzeuges kein Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot repräsentiert, könnte diese Handlung als ein Verstoß gegen das Objektivierungsverbot und deswegen als ein Verstoß gegen die Würde des Menschen betrachtet werden. Aus diesem Grund ist es sinnvoll zu betrachten, wie Kant die Situationen des Notstands hinsichtlich der Beachtung der Würde des Menschen analysiert hat, sowie die Weise, wie bei ihm der Unterschied zwischen moralischen und rechtlichen Pflichten behandelt wird.

Dieses vermeinte Recht[, das von Kant als Notrecht bezeichnet wird, aber den Notstand betrifft,] soll eine Befugnis sein, im Fall der Gefahr des Verlusts meines eigenen Lebens, einem Anderen, der mir nichts zu Leide that, das Leben zu nehmen. Es fällt in die Augen, daß hierin ein Widerspruch der Rechtslehre mit sich selbst enthalten sein müsse – denn es ist hier nicht von einem *ungerechten* Angreifer auf mein Leben, dem ich durch Beraubung des seinen zuvorkomme (*ius inculpatæ tutelæ*), die Rede, wo die Anempfehlung der Mäßigung (*moderamen*) nicht einmal zum Recht, sondern nur zur Ethik gehört, sondern von einer erlaubten Gewalttätigkeit gegen den, der keine gegen mich ausübte (KANT, AA VI, S. 235).

Neben der Notwehr als Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff (Cf. KANT, AA VI, S. 235) betrachtet Kant den Notstand als eine Situation, in der keine rechtswidrige Lebensgefahr existiert, aber auch nicht zu erwarten ist, dass die Person ihr eigenes Leben tatsächlich opfern wird, um das Risiko einer möglichen strafrechtlichen Belangung zu vermeiden.

Es kann nämlich kein *Strafgesetz* geben, welches demjenigen den Tod zuerkennt, der im Schiffbruche, mit einem Andern in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer sein, als die des

Verlusts des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch *ungenüß* ist, (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch) kann die Furcht vor dem Übel, was *genüß* ist, (nämlich dem Ersaufen) nicht überwiegen. Also ist die That der gewalthätigen Selbsterhaltung nicht etwa als *unsträfllich* (inculpabile), sondern nur als *unstrafbar* (impunibile) zu beurtheilen und diese *subjektive* Strafflosigkeit wird, durch eine wunderliche Verwechslung von den Rechtslehrern für eine *objektive* (Gesetzmäßigkeit) gehalten (KANT, AA VI, S. 235-236).

Kant argumentiert, dass in Fällen von Notstand nicht zu erwarten ist, dass jemand das Unrecht (nach positivem Recht) vermeiden und sich selbst wegen der Achtung des Rechts opfert, so wie diese Person auch nicht erwarten soll, dass ihr rechtswidriges Verhalten vom Recht als rechtmäßig betrachtet wird. Für Kant handelt es sich in diesem Zusammenhang nicht um die Unterordnung des positiven Rechts, sondern um die Identifizierung der Gründe, die für die eine oder die andere Alternative sprechen:

Der Sinnspruch des Nothrechts heißt: „Noth hat kein Gebot (necessitas non habet legem)“; und gleichwohl kann es keine Noth geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte. Man sieht: daß in beiden Rechtsurtheilungen (nach dem Billigkeits- und dem Nothrechte) die *Doppelsinnigkeit* (equivocatio) aus der Verwechslung der objektiven mit den subjektiven Gründen der Rechtsausübung (vor der Vernunft und vor einem Gericht) entspringt, da dann, was jemand für sich selbst mit gutem Grunde für Recht erkennt, vor einem Gerichtshofe nicht Bestätigung finden und, was er selbst an sich als unrecht beurtheilen muß, von eben demselben Nachsicht erlangen kann; weil der Begriff des Rechts in diesen zwei Fällen nicht in einerlei Bedeutung ist genommen worden (KANT, AA VI, S. 236).

Mit Bezug auf die hier untersuchte Problematik der Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde ist in Kants Argumentation die Idee wesentlich, dass unter extremen Umständen niemand von der Vernunft gezwungen ist, sein eigenes Leben zu opfern, um den Tod eines anderen zu vermeiden, wenn keiner der beiden die Lebensgefahr verursacht hat (hier muss zwischen der Tugendpflicht, sich selbst zu opfern, und der Abwesenheit einer Pflicht zur Selbstopferung, die aus der Vernunft stammen würde, unterschieden werden. Siehe PAWLIK, 2002, S. 20, Fn. 22). Das bedeutet nicht, so argumentiert Kant, dass es keine rechtliche Pflicht geben könnte, die jemandem verbieten würde, eine andere Person zu töten, um das eigene Leben zu retten. Nach Kant kann es immer eine „Verwechslung der objektiven mit den subjektiven Gründen der Rechtsausübung (vor der Vernunft und vor einem Gericht)“ geben; ist es möglich, dass ein Gericht eine Person für unschuldig erklärt, auch wenn nach der positiven Normierung – nach den „subjektiven Gründen“ – das Gericht diese Person aufgrund der Gesetzeslage für schuldig erklären müsste. Wesentlich für diese Diskussion ist, dass nach Kants Auffassung

bei solchen Handlungen die Möglichkeit besteht, gleichzeitig vernünftig zu sein und sie als Verstoß gegen die Würde des Menschen zu interpretieren.

Für die Diskussion über die Anwendung des Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverbots bieten Kants Ausführungen einen relevanten Beitrag, weil er ausdrücklich erwähnt, dass die Tötung einer Person, um das eigene Leben zu retten, als ein Grund „vor der Vernunft“ betrachtet werden kann. Das bedeutet nicht, dass das Instrumentalisierungs- oder das Objektifizierungsverbot aufgehoben sind, sondern nur, dass ein vernünftiger Grund für die Nicht-Beachtung dieser Verbote existiert, auch wenn das eine Verletzung der Menschenwürde bedeutet, weil aus der Vernunft keine Pflicht entsteht, die diese Handlung verbietet. Nicht immer ist ein Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot gleichzeitig als Verstoß gegen die Vernunft zu interpretieren, so wie auch zu beachten ist, dass Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverbot bei Kant nicht als absolute Verbote interpretiert werden. Eine Rechtsnorm, die die Tötung im Notstand erlaubt, d.h. die diese Handlung nicht strafbar macht, würde nach Kants Auffassung eine Tugendpflicht verletzen, denn es wäre eine unerlaubte Instrumentalisierung des Lebens einer Person, aber es könnte trotzdem als vernünftige Norm betrachtet werden.

Eine der Schwierigkeiten bezüglich der Situation des zum Absturz-Bringen eines entführten Flugzeuges liegt in der Tatsache, dass durch das Luftsicherheitsgesetz eine Erlaubnis erzeugt würde, also eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtspflicht, die die absichtliche Tötung von Unschuldigen verbietet. Angesichts der Ausführungen Kants kann behauptet werden, dass eine solche Tötung einem Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot entsprechen würde, trotzdem ist es nicht möglich durch die Berücksichtigung seiner Auffassung zu behaupten, dass ein Gesetz diese Maßnahme nicht bestimmen könnte, oder dass die Person, die für das Abstürzen verantwortlich wäre, in unvernünftiger Weise gehandelt hätte. Es scheint nicht nötig, eine weitergehende Überlegung über die Tatsache, dass bei der in § 14 Abs. 3 LuftSiG beschriebene Situation nicht der Fall eintritt, dass das eventuell positive Notstandsrecht nicht von den Passagieren ausgeübt wird, sondern von einer unbeteiligten dritten Person. In einem solchen Fall könnte nicht behauptet werden, dass die Person, die das Flugzeug zum Absturz bringt, wegen des Risikos des Verlustes des eigenen Lebens handelt, aber es könnte trotzdem gedacht werden, dass das Risiko, durch ein Strafverfahren schuldig gesprochen zu werden, diese Handlung als unvernünftig angesehen werden könnte. So wie es nicht unvernünftig ist, sich selbst für die Rettung von anderen zu opfern, kann es auch als vernünftig betrachtet werden, das Risiko anzunehmen, durch ein Verfahren schuldig gesprochen zu werden, um andere Menschen zu retten.

Eine weitere Schwierigkeit in Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt in der Tatsache, dass der Schutz der Würde des Menschen in einer positiven Norm zu finden ist, die keine Ausnahme erlaubt, obwohl nach Kants Auffassung die Pflichten, die aus der Achtung der Würde des Menschen stammen, unter gravierenden Umständen Ausnahmen erlauben. Da für Kant die Würde des Menschen kein ausnahmsloses Instrumentalisierungs- oder Objektifizierungsverbot umfasst, ist es möglich angesichts seiner Auffassung der Würde des Menschen über ein verfassungsmäßiges Notstandsrecht zu sprechen. Was zu beantworten bleibt, ist die Frage, ob es überhaupt ein Notstandsrecht geben kann, wenn man nicht nur die Würde des Menschen mit den Verböten der Instrumentalisierung und der Objektifizierung verbindet (was Kants Auffassung der Menschenwürde entspricht), sondern auch diese Verböte als ausnahmslose betrachtet (was Kants Auffassung der Menschenwürde nicht entspricht).

Ist das Objektifizierungsverbot als absolutes Verbot zu verstehen, solange die geschützte Person diesen Schutz nicht ausnutzen will, um rechtswidriges Verhalten auszuüben, dann ist man bei der unten erwähnten klassischen Variante des Trolley-Problems mit einer schwierigen Lage konfrontiert. Angesichts des Objektifizierungsverbots ist die Steuerung des Zuges auf eine andere Bahn, wodurch fünf Personen gerettet, aber eine Person geopfert wird, als ein Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot (und nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch als ein Verstoß gegen die Würde des Menschen) zu interpretieren. Eine Ausnahmslosigkeit des Objektifizierungsverbots im Hinblick auf Unschuldige bedeutet, dass es niemals rechtlich erlaubt ist, einen oder einigen Unschuldigen zu opfern, um mehrere Unschuldige zu retten. Für alle unten dargestellten Varianten des Trolley-Problems bleibt immer eine Antwort: Um einen Verstoß gegen das Objektifizierungsverbot zu vermeiden, solange keine ausdrückliche Zustimmung für eine Opferung erkennbar ist, soll die betreffende Person nichts tun. Diese Schlussfolgerung ist nicht notwendig, wenn Kants Philosophie berücksichtigt ist, denn „Noth hat kein Gebot“. Andererseits könnte entsprechend der vom Bundesverfassungsgericht gegebenen Interpretation des verfassungsrechtlichen Schutzes der Menschenwürde behauptet werden, dass es auch bei Not eine Norm gibt, das Objektifizierungsverbot.

3 VIER VARIANTEN DES TROLLEY-PROBLEMS UND DIE BEDEUTUNG DIESER EXPERIMENTE FÜR DIE DISKUSSION ÜBER DAS INSTRUMENTALISIERUNGSVERBOT

Trolley-Probleme (siehe BRUERS; BRAECKMAN, 2014) sind eine Gruppe von Denkeexperimenten, die in philosophischen Diskussionen verwendet werden, um beispielsweise klarzustellen, welche Ursache-Wirkungs-Verhältnisse zwischen Handlungen (durch Tun oder Unterlassen) und Konsequenzen in Entscheidungsprozessen eine Rolle spielen (so wie es in den unten behandelten Brücken- und Schleifen-Varianten bearbeitet wird). Trolley-Probleme werden auch als Werkzeuge in psychologischen und neurowissenschaftlichen Forschungen angewendet, um eine eventuelle konsequentialistische oder deontologische Tendenz in den Entscheidungsprozessen zu identifizieren (siehe GREENE et al., 2016; GREENE et al., 2004). In letzterem Kontext wird in einigen Fällen ausdrücklich erwähnt, dass das Ziel der Forschung in der Identifizierung einer (unbewussten) Anwendung des Prinzips der Doppelwirkung liegt, sodass eventuell gezeigt werden kann, dass Menschen eine Art moralische Intuition besitzen, die durch dieses Prinzip repräsentiert werden kann.

Um Trolley-Probleme, sowie Experimente zu diesen Problemen, bei der Analyse der Bedeutung des Instrumentalisierungsverbots (sowie für die kritische Untersuchung der Entscheidung über § 14 Abs. 3 LuftSiG) anwenden zu können, werden die folgenden vier Varianten berücksichtigt (Diese vier Varianten sind in Bruers und Braeckman zu finden (2014, S. 253 ff.). Zur vierten Variation muss angemerkt werden, dass sie anders als von Bruers und Braeckman suggeriert, schon 2002 in der Literatur vorkommt (siehe MIKHAIL, 2002, S. 114, MIKHAIL, 2011, S. 108)).

Klassische Variante: Ein Zug fährt in die Richtung von fünf Personen. Ein Beobachter könnte den Zug auf eine andere Bahn lenken. Wenn der Beobachter nichts tut, werden die fünf Personen durch den Zug sterben. Wenn der Beobachter den Zug auf eine andere Bahn steuert, wird eine andere Person sterben.

Brücken-Variante: Ein Zug fährt in die Richtung von fünf Personen. Ein Beobachter an einer Brücke über die Schienen kann vermeiden, dass der Zug die fünf Personen tötet, aber nur wenn er einen dicken Mann, der neben ihm steht, auf die Schienen wirft.

Schleifen-Variante: Ein Zug fährt in Richtung einer Wendeschleife. Ein Beobachter kann den Zug auf eine andere Bahn steuern. Wenn er nichts tut, wird der Zug fünf Personen töten, aber ein dicker Mann, die weiter hinten auf den Schienen steht, wird überleben. Steuert er der Zug in

einer anderen Richtung zur Wendeschleife, wird der dicke Mann sterben, aber die fünf Personen werden überleben.

Schleife mit Stein-Variante: Wie bei der Schleifen-Variante fährt ein Zug in die Richtung von fünf Menschen und ein Beobachter kann den Zug auf eine andere Bahn steuern. Aber diesmal liegt hinter einer Person (in diesem Fall ist diese Person nicht schwer genug, um das Weiterfahren des Zuges zu verhindern) in der anderen Richtung zur Wendeschleife ein großer Stein, der alleine groß genug ist, um das Weiterfahren des Zuges zu verhindern und die fünf Menschen zu retten. Steuert der Beobachter nun den Zug in anderer Richtung zur Wendeschleife, wird eine Person sterben, aber die fünf Personen werden überleben.

Darüber ist zuerst zu achten: Trolley-Probleme sind normalerweise mit der Diskussion über die Anwendung des Prinzips der Doppelwirkung verbunden. Eine Schwierigkeit bezüglich der Behandlung dieser Probleme anhand dieses Prinzips liegt in der Tatsache, dass dieses Prinzip mit dem Unterschied zwischen intendierten und vorgesehenen Konsequenzen operiert. Dazu bemerkt Fitzpatrick, dass diese Unterscheidung nicht immer in der Darstellung der Trolley-Probleme deutlich wird. Eine Konsequenz dieser Undeutlichkeit wäre, dass in der Brücken-Variante jemand behaupten könnte, dass der Tod des dicken Mannes vorhersehbar, aber nicht intendiert war (siehe 2014, 506 ff.). Die Unklarheit in Bezug auf die Absicht folgt beispielsweise aus einer Formulierung Aquins: „Es steht nichts im Wege, daß ein und dieselbe Handlung zwei Wirkungen hat, von denen nur die eine beabsichtigt ist, während die andere außerhalb der [eigentlichen] Absicht liegt“. Aus diesem Grund ist es nach Fitzpatricks Meinung sinnvoll, Quinns Auffassung des Prinzips der Doppelwirkung zu übernehmen. Quinns Argument zu dieser Problematik operiert mit der Ansicht, dass „[e]ach person is to be treated, so far as possible, as existing only for purposes that he can share. [...] People have a strong prima facie right not to be sacrificed in strategic roles over which they have no say“ (1989, S. 350).

Versucht man diese vier Trolley-Probleme anhand des Instrumentalisierungsverbots (nach Quinns durch Kant inspirierte Auffassung⁴) zu lösen, wird man folgende Antworten erhalten: In der

4 Nach Quinns Auffassung wird das Prinzip der Doppelwirkung nicht in absolutem Sinn die Handlungen verbieten, die eine zweite Wirkung erzeugen, denen von den Betroffenen nicht zugestimmt wurde. Was das Prinzip verbietet, so argumentiert Quinn, ist, die Menschen als Mittel für eine Wirkung zu benutzen, sie zu instrumentalisieren. Diese Unterscheidung, die für die Behandlung des Problems des § 14 Abs. 3 LuftSiG relevant ist, wird von Quinn folgenderweise dargestellt: „Another problematic kind of case involves innocent hostages or other persons who physically get in the way of our otherwise legitimate targets or projects. Does our shooting through or running over them involve a direct intention to affect them? I think not. It is to our purpose [...] that

klassischen Variante ist die Steuerung des Zuges auf eine andere Bahn erlaubt, weil das Retten der fünf Personen durch die Steuerung des Zuges (und nicht durch das Töten einer Person) erfolgt. In der Brücken-Variante repräsentiert die überlegte Handlung einen Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot, da eine Person als Mittel angewendet wird, um das Leben von fünf Personen zu retten. Hier ist zu beachten, dass der dicke Mann geopfert werden muss, um die fünf Personen zu retten, aber für keine andere Person die Möglichkeit besteht, über diese Opferung zu entscheiden. Auch in der Schleifen-Variante ist die Opferung einer Person, um fünf Personen zu retten, nicht erlaubt, denn wie bei der Brücken-Variante wird eine Person als Mittel verwendet, um fünf Personen zu retten. Wesentlich anders ist der Fall bei der Schleife mit Stein-Variante. Gäbe es keine Person vor dem Stein, würde das Ergebnis der Steuerung des Zuges genau dasselbe sein, wie bei der bloßen Anwesenheit dieser Person. Es ist der Stein und nicht die Person, die als Mittel verwendet wird, um die fünf Personen zu retten. Aus diesem Grund repräsentiert die Steuerung des Zuges keinen Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot.

Die Schleife mit Stein-Variante der Trolley-Probleme entspricht den wesentlichen Merkmalen im Falle des zum Absturz-Bringens eines entführten Flugzeuges. Das zum Absturz-Bringens des Flugzeuges ist das Mittel, um das Leben von anderen Menschen zu retten. Andererseits ist die Tötung der Insassen des Flugzeuges kein Mittel zu diesem Zweck, sondern eine zweite Wirkung, die durch die Verwirklichung der gewünschten Wirkung (des Absturzes des Flugzeuges) sehr wahrscheinlich erfolgt. Deswegen kann nicht behauptet werden, dass das zum Absturz-Bringens des Flugzeuges einen Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot repräsentiert.⁵ Schon der Sinn des Wortes

a bullet or car move through a certain space, but it is not to our purpose that it in fact move through or over someone occupying that space. The victims in such cases are of no use to us and do not constitute empirical obstacles (since they will not deflect the missile or vehicle in question). If we act despite their presence, we act exactly as we would if they were not there" (1989, S. 345).

5 Merkel hat die Auffassung vertreten, dass die Tötung der Passagiere keinen Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot repräsentiert, nur mit dem Unterschied, dass er ohne die Analogie mit Trolley-Problemen argumentiert hat. „Nicht *indem* (oder *dadurch, das:s*) die Passagiere sterben, werden die Bedrohten am Boden gerettet, sondern dadurch, dass das Flugzeug abstürzt. Aber auch das Flugzeug stürzt nicht dadurch ab, dass die Passagiere sterben, sondern dadurch, dass es abgeschossen wird. Und eben dadurch sterben auch die Passagiere. Ihr Tod steht also kausal unverbunden *neben* dem Rettungsmittel ‚Absturz der Maschine‘; er wird zusammen mit diesem durch eine und dieselbe Handlung, den Abschuss, herbeigeführt“ (2007, S. 380). In derselben Richtung hat Kumm die Entscheidung über das zum Absturz-Bringens des Flugzeuges mit den Trolley-Problemen verbunden, aber er hat das Thema anhand des Begriffspaares „enabler“ und „disabler“. Nach dieser Auffassung ist die Tötung der Passagiere nicht ein Mittel für das Retten anderen Menschen, sie sind nicht „enabler“ für das Erreichen

„Instrumentalisierung“ macht deutlich, warum durch den Angriff auf das Flugzeug die Passagiere in keiner Weise als Instrument, als Werkzeug, als Mittel verwendet werden, um das Leben anderer zu retten. Würde Art. 1 Abs. 1 GG als nur Instrumentalisierungsverbot interpretiert, wäre es erlaubt, ein Flugzeug zum Absturz zu bringen, um das Leben anderer Menschen zu retten. Wenn aber der Maßstab für die Entscheidung nicht im Instrumentalisierungsverbot, sondern im Objektivierungsverbot liegt, dann kann gegen das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges argumentiert werden, dass diese Entscheidung die Passagiere zu Objekten degradiert und deswegen in Konflikt mit Art. 1 Abs. 1 GG steht.

Neben der oben dargestellten Stellungnahme, die aus Kants philosophischer Auffassung hervorgeht, ist es relevant die Ergebnisse zu berücksichtigen, die Hauser et al. und Greene et al. durch empirische Forschung anhand der oben erwähnten Variante der Trolley-Probleme erreicht haben, da die Ergebnisse dieser Forschungen als eine Art „empirisches“ Argument gegen Kant interpretiert werden können.⁶

Bei Untersuchungen von Hauser, Young und Cushman haben zwischen 2003 und 2004 ungefähr 5.000 Personen Fragen zu den vier oben zitierten Varianten der Trolley-Probleme beantwortet (2008, S. 129). 89 % haben geantwortet, dass in der ersten Variante die Steuerung des Zuges erlaubt war, während die Handlung der zweiten Variante, das Werfen des dicken Mannes, nur von 11 % als erlaubt betrachtet wurde (HAUSER; YOUNG; FIERY, 2008, S. 129). Angesichts dieser Ergebnisse könnte gedacht werden, dass Kants Auffassung der Menschenwürde eine empirische Unterstützung bekommen würde. Auch die Ergebnisse der anderen zwei Varianten – 55 % verstehen die Steuerung in der dritten Variante als erlaubt, während 72 % haben die Steuerung des Zuges in der vierten Variante als erlaubt betrachtet (HAUSER; YOUNG; FIERY, 2008, S. 132) – zeigen, dass das Instrumentalisierungsverbot eine Rolle bei der Bewertung der Situationen spielt. Aber diese Ergebnisse weisen auch

dieses Zieles, sondern es sind (unter konkreten Umständen) überwindbare Gründe, die gegen das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges sprechen (siehe 2007, S. 153 ff).

6 Senses weist darauf hin, dass Kants Auffassung der Moralität die Idee umfasst, dass der kategorische Imperativ tatsächlich im Verhalten der Menschen identifizierbar sein kann, obwohl diese Auffassung nicht durch empirische Beobachtungen erreicht wurde (2011, S. 208). Darüber hinaus argumentiert er: Weil auch unmoralisches Verhalten identifizierbar ist, ist es nicht möglich, aus empirischen Beobachtungen eine normative Auffassung – und Kants Auffassung hat diese Natur – zu begründen (siehe 2011, S. 210-211). Solange diese Unterscheidung zwischen normativer und empirischer Auffassung angenommen wird, zählen die Ergebnisse der erwähnten Experimente nicht als Argument gegen Kant. Daraus folgt aber auch, dass Kants Auffassung keine genaue Information über den tatsächlichen Entscheidungsprozess der Menschen anbietet.

darauf hin, dass ein Instrumentalisierungsverbot nicht so überzeugend ist, wenn die Instrumentalisierung durch Fernhandlung erfolgt.

Dieselbe Problematik wurde von Greene et al. in einer anderen Gruppe von Experimenten behandelt. Das Ergebnis dieser Untersuchungen suggeriert, dass die Reaktion auf die Trolley-Probleme aus einer Kombination von zwei Tendenzen erfolgt: die Annahme einer Berücksichtigung des Instrumentalisierungsverbots und die Tendenz, Handlungen zu missbilligen, die durch persönliche Kraftanwendung gegen Personen („personal force“) ausgeübt werden. Greene behauptet, dass seine Untersuchung

highlights the influence of two factors that exert a powerful influence when both are present. First, we are more likely to disapprove of harmful actions that involve the application of *personal force* – roughly, cases in which the agent pushes the victim. Second, we are more likely to disapprove if the harm is intended as a *means* to the agent's goal, and is not merely a foreseen (or unforeseen) side-effect (2016, S. 176).

Durch das Ergebnis einiger der Experimente, welche die Varianten „Schleife“ und „Schleife mit Stein“ umfassen, und nach denen die Anzahl an Antworten für die Steuerung des Zuges fast gleich war, argumentieren Greene et al., dass für die meisten Menschen die Entscheidung in beiden Varianten nicht durch ein Instrumentalisierungsverbot orientiert ist (Siehe 2016, S. 187. Greene et al. argumentieren, dass die Ergebnisse ihrer Forschung im Vergleich mit den Ergebnissen von Hauser et al. und Mikhail genauer seien, weil die in deren Experimenten angewendeten Beispiele keine so deutliche Beschreibung der Situation umfassen. Siehe 2016, S. 187). Weil die Experimente gezeigt haben, dass auch bei der Abwesenheit der Anwendung von physischer Kraft immer eine bedeutungsvolle negative Reaktion auf die Steuerung des Zuges identifiziert werden kann, wird von Greene et al. behauptet, dass die „Lösung“ der psychologischen Version der Trolley-Probleme durch eine Verbindung zwischen einer normativen Tendenz und der Tendenz zur Abneigung gegen die Anwendung von physischer Kraft/Gewalt konstituiert ist (Siehe 2016, S. 188).

Stellt man sich die Frage nach der Relevanz dieser empirischen Forschungen für ein juristisches Problem, für die eventuelle Annahme einer Interpretation des Schutzes der Menschenwürde, dann sind einige Überlegungen zu berücksichtigen. Erstens ist zu bemerken, dass Trolley-Probleme von einem nicht-rechtlichen Ausgangspunkt aus operieren. Bei den Experimenten werden Personen gefragt, was sie für richtig halten, nicht was rechtlich erlaubt ist. Ein Vorteil dieses Ausgangspunkts besteht in der Möglichkeit, die Entscheidungsprozesse der Menschen zu beobachten, wenn sie tatsächlich entscheiden können, ohne sich über rechtliche Konsequenzen Sorgen machen zu müssen. Nach den von Greene et al. (und teilweise auch von Hauser et. al.) dargestellten Ergebnissen werden die

meisten Menschen nicht die Tendenz zeigen, durch die Berücksichtigung eines Instrumentalisierungsverbots Entscheidungen zu treffen, sondern sie zeigen die Tendenz zur Ablehnung der Anwendung von physischer Kraft/Gewalt als Mittel für die Rettung anderer Menschen. Es ist nicht der Fall, dass alle Menschen überzeugende Konsequentialisten sind (hierin besteht der „Sieg“ einer kantianischen Auffassung), so wie auch nicht zu erwarten ist, dass Menschen niemals physische Kraft einsetzen werden, wenn das das einzelne Mittel ist, Menschen zu retten. Aus diesem Grund ist eine empirische Begründung des Instrumentalisierungs- sowie des Objektivierungsverbots teilweise bestätigt, aber teilweise auch widerlegt. Handeln die Individuen ohne Berücksichtigung der rechtlichen Normierung der Situation, werden die meisten von ihnen bei der dritten und vierten Variante der Trolley-Probleme eine konsequentialistische Entscheidung treffen, ohne Beachtung eines Instrumentalisierungs- oder Objektivierungsverbots.

4 KANN DER ÜBERGESETZLICHE NOTSTAND DEN PILOTEN MOTIVIEREN, DAS FLUGZEUG ZUM ABSTURZ ZU BRINGEN?

Trolley-Probleme können auch unter Berücksichtigung des rechtlichen Einflusses angewendet werden. Um diese Situationen analysieren zu können, sind einige Lösungsalternativen zu beachten, die in der Literatur zum § 14 Abs. 3 LuftSiG dargestellt werden. Eines der Hauptprobleme in Bezug auf die Entscheidung, dass § 14 Abs. 3 verfassungswidrig ist, liegt in der Art der Handlung, die diese Norm erlauben würde. Nach dieser Vorschrift wäre die Tötung von unschuldigen Menschen erlaubt, wenn diese Maßnahme das einzelne Mittel wäre, um das Leben von anderen Menschen zu retten. Nach dieser Norm kann das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges, sowie die Tötung der Passagiere, als rechtmäßiges Handeln betrachtet werden.

Mit Bezug auf diese Thematik erwähnt Dreier die von Pawlik vorgetragene Hypothese (2004, S. 1048), dass § 14 Abs. 3 LuftSiG als *lex specialis* betrachtet werden könnte, die deswegen die Anwendung des § 34 StGB in spezifischen Fällen begrenzen würde, da der Schutz des rechtfertigenden Notstandes des § 34 StGB nicht die Möglichkeit umfasst, auf Grund des Schutzes des Lebensrechts von einigen das Leben von anderen zu gefährden. Hier ist zu beachten, dass nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 alle Menschen das gleiche Lebensrecht besitzen und deswegen eine Abwägung Leben gegen Leben ausgeschlossen ist. Konsequenterweise würde § 14 Abs. 3 LuftSiG in gewissem Sinn den Schutzbereich des

Verfassungsrechts auf Leben begrenzen.⁷ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hat zu diesem Thema klargemacht, dass eine solche Begrenzung durch Anwendung der Abwägung verfassungswidrig ist (Siehe BVerfGE, 1 BvR 357/05, Rz. 38).

Eine andere Alternative, die bei der konkreten Formulierung des § 14 Abs. 3 ausgeschlossen wurde – denn diese Norm verfügt über die Zulassung des zum Absturz-Bringens eines entführten Flugzeuges, die aber mit einer anderen Formulierung überlegt werden könnte –, ist die alternative Formulierung, den § 14 Abs. 3 als eine Art von Norm wie § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB zu verstehen. In einem solchen Fall könnte eine Version dieser Vorschrift als eine Art *lex specialis* mit Bezug auf § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB verstanden werden, die das zum Absturz-Bringens eines Flugzeuges als rechtswidrige, aber nicht strafbare Handlung betrachten würde.

Da § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB auf einen konkreten Fall wegen des Erfordernisses der „Nähebeziehung“ keine praktische Anwendung finden könnte, bleibt als letzte Alternative für eine praktische (nicht positivrechtliche) Lösung, die das zum Absturz-Bringens ermöglichen würde, der sogenannte übergesetzliche Notstand. In diesem Fall könnte mittels einer analogen Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB argumentiert werden, dass die Handlung des Piloten rechtswidrig war, aber angesichts der gegenwärtigen Gefahr für das Leben von vielen anderen Menschen und bei Abwesenheit einer Alternativlösung unbestraft bleiben kann/soll.

In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, die Situation aus dem Blickwinkel des Piloten eines Kampfflugzeuges zu berücksichtigen. Bekommt der Pilot den Befehl, das entführte Flugzeug abzuschießen, darf er nach § 11 Abs. 2 Soldatengesetz den Befehl nicht befolgen, da er durch diese Handlung eine Straftat begehen würde. Folgt der Pilot dem Befehl oder schießt er trotz Abwesenheit eines Befehls, könnte seine Handlung durch übergesetzlichen entschuldigenden Notstand gestützt und geschützt werden.

7 Zu dieser Hypothese bemerkt Dreier, dass die Annahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG mit den Vorschriften verglichen werden könnte, die „eine eng umgrenzte Gruppe der staatlichen Gemeinschaft wie Soldaten oder Feuerwehrleute dem Todesrisiko aussetzen können. Wird hier nicht auch ein Teil der Gesamtpopulation für den Rest ‚geopfert‘? Entsprechend höhere Aufopferungspflichten lassen sich zweifelsohne daraus herleiten, daß Soldaten und Feuerwehrleute (anders als Flugzeugpassagiere) von vornherein für ihre gefährvolle Aufgabe rekrutiert werden. Wenn dies aber wie bei der allgemeinen Wehrpflicht zwangsweise geschieht, verlagert sich die Frage dahingehend, warum ein solcher Zwang eigentlich zulässig ist“ (2007, S. 266, Fn. 65). Auch wenn es in Deutschland keine allgemeine Wehrpflicht mehr gibt, kann angesichts der Rechtmäßigkeit von Gehaltszuschlägen in Verbindung mit höherer Lebensgefahr trotzdem gefragt werden, ob diese Situation nicht als eine Art von Objektivierung und Preisfestsetzung des Lebens interpretiert werden könnte.

Einige Autoren erwähnen die Möglichkeit des übergesetzlichen Notstands (Siehe STÜBINGER, 2015, S. 382, HÖRNLE, 2007, S. 599-600) (es handelt sich um eine Möglichkeit, da nicht sicher ist, ob diese Art von Notstand vor Gericht anerkannt wird, oder nicht) als einen Grund, warum die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes nicht notwendigerweise so zu interpretieren ist, da es angesichts der rechtlichen Perspektive nicht notwendigerweise der Fall ist, dass während der Entführung eines Flugzeuges alle Personen tatenlos bleiben. Es könnte immerhin die Hoffnung existieren, dass ein Pilot die Situation mittels einer verfassungswidrigen Abwägung Leben gegen Leben analysiert und trotz des Risikos einer eventuellen strafrechtlichen Verfolgung so handelt, dass durch das Opfern einiger (oder vieler) Leben noch mehr Leben gerettet werden.

Darüber hinaus muss ein weiterer Aspekt erwähnt werden, der die oben dargestellte Hypothese aus einer praktischen Sicht in Frage stellen kann. In einem konkreten Fall wird ein Pilot mit der Entscheidung zwischen zwei „Herren“ konfrontiert: Entweder er folgt der Autorität des Rechts, die ihm verbietet, das Flugzeug abzuschießen, oder er folgt einer moralischen Überzeugung (nicht alle moralischen Auffassungen und Überzeugungen würden das zum Absturz-Bringen des Flugzeuges erlauben), die ihm erlaubt oder gar gebietet, auf das Flugzeug zu schießen, um einen größeren Verlust an Leben zu vermeiden.

Harel und Scharon haben gegen eine allgemeine rechtliche Erlaubnis des Notstandes in extremen Fällen argumentiert, dass diese Art rechtlicher Normierung von Ausnahmesituationen das Risiko des Missbrauchs deutlich erhöhen würde (Siehe 2011, S. 854). Dieses Argument identifiziert ein Risiko, aber durch das Vermeiden dieses Risikos wird ein weiteres Risiko verursacht, denn ein anderer Aspekt der Problematik ist hier zu beachten: der psychologische Aspekt des menschlichen Handelns. Weil Soldaten nur im Rahmen des rechtlich Erlaubten handeln dürfen, also weil sie unter der Autorität der Rechtsordnung stehen, könnte gefragt werden, ob die Existenz dieser Autorität keinen stärkeren Einfluss auf die Entscheidung des Piloten haben würde oder müsste, als seine moralische Auffassung. Zu diesem Thema kann das Milgram-Experiment berücksichtigt werden und in Verbindung mit Milgrams Auffassung der Einfluss von Autoritäten ist es möglich, zu argumentieren, dass Menschen die Tendenz zeigen, gegen ihre eigenen moralischen Auffassungen zu handeln, wenn sie Anweisungen von Autoritäten bekommen.

Im Milgram-Experiment sollte eine Versuchsperson, die die Aufgabe eines Lehrers übernommen hatte, einer anderen Versuchsperson, die die Rolle des Schülers spielte, bei der falschen Beantwortung von Fragen elektrische Schläge versetzen. Eine dritte Person war anwesend,

die dem „Lehrer“ Anleitungen geben würde. Diese dritte Person wurde in einigen Situationen vom „Lehrer“ gefragt, ob die elektrischen Schläge weiter durchgeführt werden sollten, da der „Schüler“ schwer dagegen protestiert hatte. In diesen Situationen hat der Anleiter gesagt, dass die elektrischen Schläge weiter versetzt werden sollten. Die meisten Versuchspersonen haben das Experiment bis zum Ende durchgeführt. Über dieses Experiment schreibt Milgram: “It is clear from the remarks and outward behavior of many participants that in punishing the victim they are often acting against their own values. Subjects often expressed deep disapproval of shocking a man in the face of his objections, and others denounced it as stupid and senseless. Yet the majority complied with the experimental commands” (1963, S. 376).

Kann der übergesetzliche Notstand den Piloten motivieren, das Flugzeug zum Absturz zu bringen? Eine genaue Antwort im Hinblick auf zukünftige menschliche Handlungen ist nicht zu erwarten, aber es kann trotzdem über die Wahrscheinlichkeit einer Handlung nachgedacht und gesprochen werden. Angesichts der Tatsache, dass das zum Absturz-Bringen eines Flugzeuges rechtswidrig ist; dass Piloten verpflichtet sind, Befehle nicht zu befolgen, wenn diese die Befolgung eine Straftat mit sich bringen würden; sowie das Hauptergebnis des Milgrams-Experiments, d.h. die Identifizierung der menschlichen Tendenz, Autoritäten mehr zu folgen als den eigenen Überzeugungen (in diesem Zusammenhang ist das Recht selbst als Autorität zu identifizieren, da auch wenn der Pilot einen Befehl bekommt, der rechtswidrig ist, er schon weiß, dass wegen der strafrechtlichen Natur dieses Befehls der Autor des Befehls keine Autorität mehr besitzt), sollte nicht erwartet werden, dass der übergesetzliche Notstand als ein wirkungsvolles Argument für die Rettung von vielen Menschen gut funktionieren würde.

Abschließend ist noch ein letzter Aspekt der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Behandlung des Objektifizierungs- und Instrumentalisierungsverbots zu berücksichtigen. Es wird in der Entscheidung über das Luftsicherheitsgesetz dargelegt, dass ein Mensch nie als bloßes Objekt behandelt werden darf, da die Würde des Menschen den Schutz gegen diese Art von Handlung umfasst, und weil der Ausdruck „unantastbar“ klarmacht, dass dieser Schutz keine Ausnahme erlaubt. Konsequenterweise könnten alle Normen, die eine Art von Objektifizierung oder Instrumentalisierung erlauben, als verfassungswidrige Normen verstanden werden. Wenn das aber so richtig ist, müsste man dann nicht § 35 StGB als eine verfassungswidrige Norm betrachten? Eine mögliche negative Antwort auf die Frage würde die Behauptung umfassen, dass diese Norm keine Handlung als rechtmäßig erklärt, die einen Verstoß gegen das Instrumentalisierungs- oder

Objektifizierungsverbot repräsentiert, sondern nur behauptet, dass diese Handlungen unbestraft bleiben werden. Diese Antwort kann angenommen werden, aber nur solange die Bestrafung für Handlungen, die Verstöße gegen die Menschenwürde repräsentieren, so interpretiert wird, dass diese Bestrafung, sowie die strafrechtliche Normierung, die diese Bestrafung voraussetzt, keine Rolle beim Schutz der Würde des Menschen spielt. Verbindet man die Bestrafung der Angriffe gegen die Würde des Menschen mit dem verfassungsrechtlichen Ziel, die Würde des Menschen zu schützen, dann scheint es schwierig, § 35 StGB als eine verfassungsmäßige Norm zu betrachten. Das Wesentliche bei dieser Überlegung ist aber nicht, § 35 StGB als verfassungswidrige Norm zu interpretieren, sondern die Frage zu stellen, ob die von Bundesverfassungsgericht adoptierte Interpretation des Begriffes „Würde des Menschen“, die eine Kantische Orientierung zeigt, wegen der ausnahmslosen Verknüpfung der Menschenwürde mit den Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverboten nicht zu kontra-intuitiven Ergebnissen führt.

SCHLUSS

Das Problem bei der Verbindung kantischer Auffassungen der Würde des Menschen mit Art. 1 Abs. 1 GG liegt nicht an Kants Argumenten oder an seiner Verknüpfung der Würde des Menschen mit Objektifizierungs- und Instrumentalisierungsverboten. Das Problem stammt aus der Verknüpfung dieser philosophischen Auffassung mit einer Norm, die Ausnahmelosigkeit gebietet. Kants Instrumentalisierungsverbot kann aufgrund von empirischen Experimenten zu den Trolley-Problemen in Betracht gezogen werden, aber das Hauptproblem bei der Auslegung der normativen Bedeutung der Unantastbarkeit der Menschenwürde durch die Anwendung von Kants Philosophie liegt in der Tatsache, dass die Verbote, die Kant mit der Menschenwürde verbunden hat, von Kant nicht als absolute Verbote betrachtet wurden. Kants Auffassung des Instrumentalisierungs- und Objektifizierungsverbotes umfasst die Möglichkeit, dass in Extremfällen diese Gebote nicht beachtet werden sollen. Diese Eigenschaft der Verbote, die für Kant in Verbindung mit der Würde des Menschen stehen, sollte genügen, um diese Verbote nicht mit der Eigenschaft der Ausnahmelosigkeit zu verbinden.

LITERATURVEZEICHNIS

AQUIN, Thomas von. *Summa theologica*. In: Albertus-Magnus-Akademie, Walberger bei Köln (Hrsg.), Die deutsche Thomas-Ausgabe, 18. Bd., Heidelberg u. a.: Pustet, 1953.

BRUERS, Stijn; BRAECKMAN, Johan. A Review and Systematization of the Trolley Problem. *Philosophia*, [S.l.], v. 42, n. 2, S. 251-269, 2014.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidung*, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006 Verfügbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html. Abgerufen am 21. Juni 2019.

DREIER, Horst. Grenzen des Tötungsverbot – Teil 1. *JuristenZeitung*, Tübingen, 62. Jahrgang, n. 6, S. 261-270, 2007.

DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. *Archiv für öffentliches Recht*, Tübingen, v. 81, S. 117-157, 1956.

FITZPATRICK, Simon. Distinguishing Between Three Versions of the Doctrine of Double Effect Hypothesis in Moral Psychology. *Review of Philosophy and Psychology*, Dordrech, v. 5, S. 505-525, 2014.

GREENE, Joshua D. et al. The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment. *Neuron*, [S.l.], v. 44, S. 389-400, 2004.

GREENE, Joshua D. et al. Pushing moral buttons: The interaction between personal force and intention in moral judgment, ursprünglich 2009 erschienen, wiederveröffentlicht in: SYTSMA, Justin; BUCKWALTER, Wesley (Hrsg.). *A Companion to Experimental Philosophy*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2016, S. 179-189.

GREENE, Joshua D. Solving the Trolley Problem. In: SYTSMA, Justin; BUCKWALTER, Wesley (Hrsg.), *A Companion to Experimental Philosophy*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2016, S. 175-178.

HAREL, Alon; SHARON, Assaf. ‘Necessity knows no law’: on extreme cases and uncodifiable necessities. *The University of Toronto Law Journal*, [S.l.], v. 61, n. 4, S. 845-865, 2011.

HAUSER, Marc; YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery. Revisiting Rawl’s linguistic analogy: Operative principles and the causal structure of moral actions, in: SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Hrsg.). *Moral Psychology*, v. 2, The Cognitive Science of Morality: Intuition and Diversity. Cambridge: MIT Press, 2008, S. 107-143.

HÖRNLE, Tatjana. Hijacked Airplanes: May They be Shot Down? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, [S.I.] v. 10, n. 4, S. 582-612, 2007.

KANT, Immanuel. *Gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: de Gruyter, 1902 ff.

KERSTEIN, Samuel J. *How to Treat Persons*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement, in: PAVLAKOS, George (Hrsg.). *Law, Rights and Discourse*. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Portland: Hart Publishing, 2007, S. 131-166.

MERKEL, Reinhard. § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? *JuristenZeitung*. Tübingen, 62. Jahrgang, n. 8, S. 373-385, 2007.

MIKHAIL, John. Aspects of the Theory of Moral Cognition: Investigating Intuitive Knowledge of the Prohibition of Intentional Battery and the Principle of Double Effect, *Georgetown University Law Center Public Law & Legal Theory Working No. 762385*, [S.I.], S. 1-128, 2002. Verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=762385. Abgerufen am 21. Juni 2019.

MIKHAIL, John. *Elements of Moral Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MILGRAM, Stanley. Behavioral Study of Obedience, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, [S.I.], v. 67, S. 371-378, 1963.

PAWLIK, Michael. *Der rechtfertigende Notstand*. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Berlin/New York: de Gruyter, 2002.

PAWLIK, Michael. § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch? *JuristenZeitung*, Tübingen, 59. Jahrgang, n. 21, S. 1045-1055, 2004.

QUINN, Waren S. Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect. *Philosophy and Public Affairs*, [S.I.], v. 18, n. 4, S. 334-351, 1989.

SCHABER, Peter. *Instrumentalisierung und Würde*. Paderborn: mentis-Verl., 2010.

SENSEN, Oliver. *Kant on Human Dignity*. Berlin/Boston: de Gruyter, 2011.


STÜBINGER, Stephan. *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?* Bonn: V & R unipress, 2015.

WALLAU, Philipp. *Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union.* Bonn: V & R unipress, 2010.

WINTRICH, Josef. Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung. In: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit.* Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages. München: Isar Verlag, 1952, S. 227-249.

O DEVER DE INFORMAR E O DEVER DE SE INFORMAR NOS CONTRATOS DE SEGURO DE SAÚDE – A INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO EMANCIPATÓRIO E VOLITIVO E SUA REPERCUSSÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE SAÚDE PRIVADA

*THE DUTY OF REPORTING AND DUTY TO BE INFORMED IN
HEALTH INSURANCE CONTRACTS - INFORMATION AS AN
EMANCIPATORY AND VOLUME ELEMENT AND ITS IMPACT ON
CONTRACTUAL PRIVATE HEALTH RELATIONS*

Angelica Lucia Carlini¹ 

¹ Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), Santos, SP, Brasil. Doutora em Direito Político e Econômico e em Educação. E-mail: angelicacarlini@carliniadvogados.com.br

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentos técnico e jurídicos dos contratos de seguro saúde. 3 Informação para os consumidores – dever unilateral? 4 O dever de informar das operadoras de saúde suplementar e o dever de se informar do consumidores de saúde suplementar – instrumentos de aprimoramento das relações de consumo. 5 Conclusão. 6 Referências.

Resumo: Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o Brasil possui hoje 47.408.479 usuários de saúde suplementar espalhados por 760 operadoras ativas em todo o país. Esse número expressivo de brasileiros utiliza os serviços de saúde privada das diversas operadoras do setor e, o setor dá sinais evidentes de necessidade de aprimoramento quando se analisa a quantidade de demandas judiciais que afetam as relações entre consumidores e operadoras. Existem poucos estudos sobre os números da judicialização na saúde privada, mas os dados existentes apontam que 46% das demandas judiciais se destina a discutir as coberturas dos contratos e do rol de procedimentos fixado pela ANS. O dever de informação é essencial na relação consumidor-operadora. Este trabalho pretende refletir sobre o que se pode compreender como cumprimento do dever de informação por parte das operadoras de saúde a partir do pressuposto teórico da racionalidade e do caráter emancipatório do Direito. A reflexão se assenta no fundamento teórico do contrato cativo como contrato de cooperação entre as partes, para que os melhores resultados sejam concretizados.

Palavras-chave: Saúde. Contratos. Dever de informar.

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.3000>

Recebido em: 02.03.2019
Aceito em: 12.08.2019

Abstract: According to data from the National Agency of Supplementary Health - ANS, Brazil today has 47,408,479 supplementary health users spread over 760 active operators across the country. This significant number of Brazilians use the private health services of the various operators in the sector and, the sector gives clear signs of need for



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NonComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

improvement when analyzing the amount of lawsuits that affect the relationships between consumers and operators. There are few studies on the numbers of judicialization in private health, but the existing data indicate that 46% of the lawsuits intended to discuss the coverage of contracts and the set of procedures set by the ANS. The duty of information is essential in the consumer-operator relationship. This paper aims to reflect on what understood as compliance with the duty of information by health operators from the theoretical assumption of rationality and the emancipatory character of law. The reflection based on the theoretical foundation of the captive contract as a cooperation agreement between the parties, so that the best results achieved.

Keywords: Health. Contracts. Duty to inform.

1 INTRODUÇÃO

O número de demandas judiciais na área da saúde suplementar tem crescido muito nos últimos vinte anos. Pesquisa realizada pelo Observatório de Judicialização da Saúde Suplementar do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina do Estado de São Paulo, coordenada pelo Prof. Dr. Mário Scheffer, analisou dados do portal e-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período de 2011 a 2017 e apontou que 43,73% das decisões judiciais no Estado de São Paulo, referentes a contratos de saúde suplementar, têm por objetivo rever a negativa de cobertura de procedimento determinada pela operadora de saúde.¹

Esse índice aponta que existem problemas concretos no cumprimento do dever de informação que cabe às operadoras de saúde suplementar seja pelo fato de se tratar de contrato de adesão, seja pelo fato de se tratar de contrato regido pela Lei 8.078, de 1990, que em seu artigo 6º prevê que informação é direito básico do consumidor.

Não há dúvida que no ordenamento jurídico brasileiro a obrigação de informar compete aos fornecedores de serviços, no caso específico, às operadoras de saúde e demais envolvidos na cadeia de distribuição do serviço para o mercado, o que inclui os corretores e agentes de seguros que atuam nesse setor.

Ao mesmo tempo, é preciso refletir sobre o dever de cada consumidor se informar em especial, nos contratos que se sustentam em mutualidade. Existe um dever de se informar quando os recursos

1 Disponível em: https://pt.slideshare.net/ans_reguladora/judicializacao-dos-planos-de-sade-desafios-pesquisa. Acesso em: 24 maio 2018.

que utilizados para pagamento de procedimentos se originam de fundo mutual, organizado a partir da contribuição de todos os contratantes?

Por fim, é preciso refletir sobre o dever de se informar em contratos de colaboração como são os contratos de saúde suplementar, seja a colaboração decorrente da longa duração que se pretende que eles tenham, seja a colaboração decorrente da assimetria de informações que é característica desses contratos de massa. Em ambas as situações a colaboração entre as partes contratantes é decorrente da boa-fé objetiva e, portanto, elemento essencial para a formação e execução do contrato e, também, para a fase pós-contratual.

Assim, a inquietação fundamental que incentiva o presente estudo está resumida em refletir sobre a hipótese de o dever de informar do fornecedor de saúde suplementar ser cumprido sem a contrapartida do dever de se informar por parte do consumidor. E, ainda, na hipótese de o fornecedor não conseguir cumprir sua obrigação de informar porque o consumidor não deseja ser informado e, acredita que a ausência de informação poderá beneficiá-lo para obtenção de direitos não contemplados na lei ou no contrato, mas, que se tornam direitos na medida que o consumidor de serviço de saúde suplementar não foi informado adequadamente. Não se informar pode ser estratégia eficiente para garantir o que não era devido pela lei ou pelo contrato, mas se torna devido pela falta de informação?

Essas questões compõem o objeto de reflexão deste trabalho, que utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica e os julgados dos tribunais brasileiros, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Também foram pesquisados dados do Observatório de Judicialização da Saúde Suplementar do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina do Estado de São Paulo e, do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

O objetivo é compreender se em contratos de colaboração mutuais em que ocorra assimetria de informação, as partes devem agir decisiva e voluntariamente para a reciprocidade de informar e se informar para efetivarem os melhores resultados na proteção da mutualidade e, na concretização de seus direitos.

2 FUNDAMENTOS TÉCNICO E JURÍDICOS DOS CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE

A atividade de saúde suplementar no Brasil é autorizada pelo artigo 199 da Constituição Federal que determina que a assistência à saúde é

livre à iniciativa privada. No tocante a atividade econômica privada a Constituição Federal determina que a livre iniciativa tem valor social e, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil conforme disposto no artigo primeiro, inciso IV, do texto constitucional.

Em 1998, dez anos após a entrada em vigor da Constituição Federal, foi aprovada a Lei n.º 9.656, que organizou o setor de saúde suplementar no Brasil. Aprovada como lei ordinária federal e no dia subsequente substituída por medida provisória que foi publicada por dezenas de vezes até tornar-se lei por força de emenda constitucional, a lei de regulação dos planos e seguros saúde já nasceu com sérios problemas de compreensão e aplicação.

Os contratos de saúde suplementar firmados antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.656, de 1998, teriam um tempo para migrar para o comando da nova lei e, se não ocorresse a migração esses contratos seriam regidos exclusivamente por suas cláusulas. Teve início, então, acirrada discussão sobre a incidência do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor na proteção hipervulneráveis e dos vulneráveis, usuários de contratos de planos ou seguros saúde contratados antes da Lei n. 9.565, de 1998, e, que não migraram seus contratos para a nova lei.

As operadoras de saúde suplementar e a própria Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS, criada em 2000, fizeram esforços no sentido de que os usuários de planos ou contratos de saúde mais antigos migrassem para o novo modelo, de forma a utilizarem contratos adaptados e que estariam sob a proteção da nova lei. Muitos usuários migraram, porém, ainda existem no país milhões de pessoas que não migraram e nem adaptaram seus planos de saúde à nova lei e, por isso, se encontram fora da proteção da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Lei n.º 9.656, de 1998.

Essa é a primeira dificuldade para a proteção dos usuários e para o correto cumprimento do dever de informar por parte das operadoras de saúde, porque existem regras distintas para aqueles que migraram ou, adaptaram seus planos anteriores à lei e, para aqueles que contrataram depois de 1999; e, regras diferentes para aqueles cujos planos são anteriores a 1999 e não fizeram a migração ou, adaptação à nova lei. Duas categorias distintas de cidadãos que, no entanto, utilizam os mesmos serviços: saúde suplementar e não raro, contratam com a mesma operadora mas, que se encontram submetidos a regramento legal diferente.

A Lei n.º 9.656, de 1998, regulou a atividade de planos e seguros privados de assistência à saúde e, autorizou que a atividade fosse exercida por modalidades específicas de empresas: empresas de medicina de grupo; seguradoras especializadas em saúde; cooperativas médicas; filantropias;

autogestões; odontologias de grupo; cooperativas odontológicas e, mais tarde, foram incluídas administradoras de benefício.

As empresas de medicina e odontologia de grupo distribuem planos de saúde para pessoas físicas ou jurídicas e atendem os contratantes por meio de estrutura própria ou, por intermédio de serviços contratados de terceiros. Assim, as empresas de medicina de grupo (saúde ou odonto) podem utilizar seus próprios recursos médico-hospitalares e laboratoriais ou, de terceiros contratados para essa finalidade. A medicina de grupo permite melhor gestão de custos porque as operadoras administram seus próprios equipamentos médico-hospitalares e laboratoriais.

As empresas de seguro saúde, por força de lei, não podem manter rede própria de atendimento. Elas referenciam rede de prestadores médico-hospitalares e laboratoriais que pode ser utilizada pelo contratante e, ainda, são obrigadas a permitir a liberdade de escolha do contratante para serviços médicos, hospitalares e de laboratórios mediante o pagamento por reembolso, cujos percentuais e limites devem estar expressamente previstos no contrato firmado entre as partes.

As cooperativas médicas e cooperativas odontológicas atuam por meio de rede própria ou, mediante a contratação de serviços de terceiros e, devem se organizar em conformidade com a Lei n.º 5.764/71, a Lei das Cooperativas.

As empresas de autogestão são pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade de lucro e que atuam na área de saúde suplementar com objetivo de assegurar serviços de saúde a empregados, ex-empregados, gestores, associados, dependentes de grupo familiar de empresas ou associações. Somente pessoas físicas vinculadas a entidade organizadora da autogestão podem contratar planos de saúde operados por ela.

Filantropias são entidades hospitalares sem fins lucrativos e que tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido por órgão de governo, além da declaração de entidade de utilizada pública. É o caso específico das Santas Casas de Misericórdia, bem como dos hospitais ligados a associações, fundações, congregações ou sociedades beneficentes, quase sempre de caráter religioso.

Por fim, as administradoras de benefício são pessoas jurídicas que atuam na contratação de planos coletivos de saúde na condição de estipulantes ou, que prestam serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos. Atuam especificamente nos aspectos técnicos e operacionais, especialmente, negociação de reajustes, aplicação dos mecanismos de regulação, substituição de rede assistencial, emissão de boletos, relacionamento com usuários, entre outros.

Essa divisão de possibilidades de atuação na área de saúde suplementar demonstra o grau de complexidade da atividade. A referência a uma operadora de saúde não explicita em que modalidade ela atua e consequentemente, pode ser informação insuficiente quando se trata de avaliar de que forma a lei deve ser aplicada ou, que informações deverão ser prestadas ao usuário/consumidor.

Determina a Lei n.º 9.656, de 1998, no artigo 10, que as operadoras de saúde são obrigadas a fornecer um plano-referência de assistência à saúde com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária a internação hospitalar, para todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 da referida lei.

E, determina que ficam excluídos da obrigação de atendimento os tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais; os procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar ressalvados os casos previstos nas normas da ANS; fornecimento de próteses, órteses e acessórios não vinculados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos assim definidos sob o aspecto médico ou, não reconhecidos pelas autoridades competentes; e, os casos de cataclismo, guerras, comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi criada pela Lei n.º 9.961, de 2000, e, em 18 anos de atividade criou grande número de normas. Segundo dados obtidos na Coletânea Legislativa da Unimed Brasil² até 2016, ano de publicação da última coletânea de legislação, haviam sido publicadas 23 Resoluções do Conselho Nacional de Saúde – CONSU; 95 Resoluções da Diretoria Colegiada da ANS; 408 Resoluções Normativas da Diretoria Colegiada; 29 Súmulas Normativas; e, 177 Instruções Normativas das diferentes diretorias que compõem a ANS.

Essa grande quantidade de normas reguladoras é benéfica para o setor de saúde suplementar? Especificamente para os usuários essa regulamentação isso representou qualidade e eficiência?

2 Regulamentação dos Planos de Saúde. Coletânea Legislativa. 4. ed. São Paulo: Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, 2016.

Em 2011 Rachel Torres Salvatori e Carla A. Arena Ventura afirmaram

Em janeiro de 2011, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) completou onze anos. Durante esse período, cerca de 260 resoluções normativas e mais de 47 instruções de serviço foram publicadas. É por meio desses atos normativos que a ANS regula o sistema de saúde suplementar. Entretanto, a despeito do quantitativo elevado de normas, cabe refletir sobre o desempenho da ANS, uma vez que o excesso da regulamentação editada pode não ter se traduzido em equilíbrio do mercado.

A quantidade de regulamentação se mantém alta e, conseqüentemente, a pergunta ainda é atual. A atuação normativa da ANS tem sido um fator de equilíbrio do mercado ou, ainda existem inúmeras situações que não estão claras para as operadoras, para os usuários e para os prestadores de serviços e que demandam mais normas administrativas para serem solucionadas? Ou, ainda, a atividade normativa é excessiva ou, pouco eficiente e isso explicaria a tensão que resulta em demandas judiciais especialmente para obtenção de coberturas assistenciais?

A cada dois anos a Agência Nacional de Saúde Suplementar atualiza o rol de procedimentos obrigatórios - consultas, exames e tratamentos -, que todas as operadoras de saúde precisam fornecer para seus usuários. Tem direito aos procedimentos do rol todos os beneficiários dos chamados *planos novos*, ou seja, aqueles que foram contratados a partir de janeiro de 1999 ou, foram adaptados à nova legislação embora contratados anteriormente a ela. O rol mais recente é da Resolução Normativa n. 428, de 07 de novembro de 2017, que entrou em vigor em janeiro de 2018.

As mensalidades pagas pelos usuários dos planos e seguros saúde são reajustadas anualmente e seguem diretrizes específicas e diferenciadas para os planos individuais e coletivos. Alguns aspectos são essenciais para compreender o regime de aumento dos valores de mensalidades dos planos de saúde.

O primeiro aspecto é a variação dos preços pagos por consultas e honorários médicos e, de outros profissionais da saúde, diárias, serviços, materiais e medicamentos hospitalares; e, o segundo aspecto é a quantidade de utilização dos serviços e materiais médico-hospitalares por cada usuário. Um terceiro fator que a cada dia tem mais peso na variação dos preços é a incorporação de novas tecnologias compreendidas não apenas como procedimentos, mas, também, como medicamentos, em especial os de alto custo destinados a tratamentos oncológicos ou de alta complexidade.

Esses fatores recebem o nome de *sinistralidade* e são definidos, tecnicamente, como a diferença entre as *despesas com assistência à saúde e as receitas provenientes do pagamento das mensalidades pelos usuários*. As despesas com assistência à saúde incluem o pagamento de consultas

para os profissionais de saúde (médicos, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, psicólogos, nutricionistas, entre outros), hospitais, clínicas, laboratórios, materiais e medicamentos. E as receitas são os valores pagos por cada consumidor, mensalmente, durante o período de vigência dos contratos.

Nos planos individuais o reajuste anual é calculado pela média ponderada dos reajustes efetivamente aplicados aos planos coletivos com mais de 30 beneficiários e, os preços negociados no mercado. Esse percentual só poderá ser aplicado após autorização prévia da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Se o plano for contratado antes de 1999 e não tiver sido adaptado ou migrado para o regime da Lei n.º 9.656, de 1998, prevalecerá a regra de reajuste prevista no contrato. Quando, por algum motivo, os contratos antigos não contiverem previsão clara sobre os índices de reajuste a serem aplicados, o reajuste será feito com base no índice máximo fixado pela ANS para planos novos individuais. Caso a operadora de saúde tenha firmado um Termo de Ajustamento de Conduta com a ANS os índices de reajuste serão fixados e autorizados pela ANS; e, finalmente, se os contratos antigos fixarem de forma clara que o reajuste será feito com base em fatores como variação de INPC, IPC, IGP-M ou IGP, serão aplicados esses índices.

A Resolução Normativa n.º 251 de 2011, determina que os usuários poderão adaptar seus planos antigos a qualquer momento. Para isso, haverá um reajuste na mensalidade limitado a 20,59% do valor vigente no momento da adaptação, porém, a partir da adaptação os planos serão regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e os usuários terão direito a todos os procedimentos previstos no rol organizado pela agência.

Para os planos de saúde coletivos prevalece a livre negociação entre a operadora e a entidade contratante, seja ela empresarial ou associativa. A lógica que norteia essa previsão é de que a relação se dá entre pessoas jurídicas que possuem poder de negociação equilibrado e que, por se tratarem de planos coletivos, há maior influência da concorrência para estabilizar índices de reajuste.

Os contratos coletivos estabelecem um índice denominado de sinistralidade-alvo que tem por objetivo garantir o equilíbrio técnico e financeiro do contrato. Esse índice estimula os contratantes para a importância da utilização racional dos procedimentos de saúde e, por outro lado, motiva os usuários para o uso consciente e sustentável. Essas medidas poderão impactar os valores de sinistralidade (riscos materializados previstos no contrato) para cima ou para baixo e, conseqüentemente, incidirão nos índices de aumento das mensalidades.

Os índices de inflação também incidem no aumento das mensalidades de planos de saúde e seguros no Brasil, porém, há intenso debate sobre qual o índice de inflação dever ser utilizado pelas operadoras de planos e seguros saúde. Os usuários e órgãos de proteção do consumidor querem a aplicação de índices de inflação divulgados pelo governo federal no IPCA, por exemplo; e, as operadoras de saúde suplementar querem a aplicação do índice de variação de custos médico-hospitalares. Há discrepância entre esses valores? Sem dúvida existe discrepância e de alto índice de variação.

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - IESS³ explica

O índice de Variação do Custo Médico-Hospitalar do IESS – VCMH/IESS – expressa a variação do custo médico hospitalar per capita das operadoras de planos de saúde entre dois períodos consecutivos de 12 meses cada. A amostra utilizada para o cálculo do índice VCMH representa aproximadamente 10% do total de beneficiários de planos individuais (antigos e novos) distribuídos em todas as regiões do país.

Essa metodologia é reconhecida internacionalmente e aplicada na construção de índices de variação de custo em saúde, como o S&P Healthcare Economic Composite e Milliman Medical Index. Além disso, o índice VCMH/IESS considera uma ponderação por padrão de plano (básico, intermediário, superior e executivo), o que possibilita a mensuração mais exata da variação do custo médico hospitalar. Ou seja, se as vendas de um determinado padrão de plano crescerem muito mais do que as de outro padrão, isso pode resultar, no cálculo agregado, em VCMH maior ou menor do que o real, o que subestimaria ou superestimaria a VCMH.

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS se define como entidade que atua na defesa dos aspectos conceituais e técnicos do setor de saúde suplementar, com objetivo de contribuir para enfrentamento dos desafios de financiamento da saúde. E ressalta que

Diferentemente de índices que acompanham a variação do nível de preços, como o IPCA, a análise do custo médico-hospitalar é resultado de uma combinação de dois fatores: frequência de utilização e preço dos serviços de saúde. (Disponível em <http://documents.scribd.com/s3.amazonaws.com/docs/5u00531ds03ogln0.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2018, p. 2 -12)

Em dezembro de 2016, estudo divulgado pelo IESS sobre os índices de VCMH apontou que o aumento foi de 20,4%. No mesmo ano de 2016 a inflação medida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) foi calculada em 6,29%, ficando abaixo da meta fixada pelo governo federal para aquele período.⁴ É muito difícil para o usuário

3 Disponível em: https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id_tipo=13. Acesso em: 31 maio 2018.

4 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-01/inflacao-oficial-fecha-2016-em-629-dentro-do-teto-da-meta-diz-ibge>. Acesso em: 31 maio 2018.

e para pessoas que não estejam tecnicamente preparadas compreenderem porque em um período de inflação oficial de 6,29%, a mensalidade do plano ou seguro saúde sofreu, em média, aumento anual de mais de 10%.

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em 2017 os índices de reajuste para contratos coletivos variaram entre 4,65% aplicado por uma empresa com 21 usuários até 49% aplicado por uma empresa com 391 usuários. As empresas com maior número de usuários – entre 22.000 e 850 mil usuários -, aplicaram reajustes anuais entre 17,31% e 21,12%, segundo dados divulgados pela ANS.⁵ A inflação de 2017 foi de 2,95%, abaixo da meta fixada pelo governo federal, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.⁶

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS -, fornece duas informações relevantes para a compreensão dos índices de preço.

A variação do custo médico-hospitalar leva em conta dois fatores: o preço dos serviços de saúde (valor das consultas, exames, internação em hospital, internação em UTI, utilização de ambulatório, procedimentos, medicamentos, materiais utilizados em cirurgia, entre outros) e, a frequência de utilização dos usuários. Nesse aspecto, também há diferença entre o VCMH e os índices de preços do IPC, por exemplo, que não medem frequência de utilização. Destaca ainda o instituto que também em países como os Estados Unidos da América do Norte esse dado se repete, ou seja, a inflação tem índices inferiores ao VCHM.

Cumpra, analisar, ainda, o aspecto técnico da formação dos fundos mútuos que sustentam o custeio da saúde suplementar no Brasil.

Os fundos mútuos são compostos pela contribuição em valores monetários de todos os usuários e, utilizados para pagamento de todos os procedimentos que os usuários utilizam. Para que seja possível uma ideia aproximada da utilização dos procedimentos, a ANS⁷ informa que no período de 2015/2016 o setor de saúde suplementar realizou um bilhão e trezentos milhões de procedimentos; setecentos e noventa e sete milhões de exames; duzentos e setenta e três milhões de consultas; cento e quarenta e um milhões de atendimentos ambulatoriais; e, oito milhões

5 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude/reajustes-aplicados-pelas-operadoras-para-contratos-coletivos-com-ate-30-beneficiarios>. Acesso em: 31 maio 2018.

6 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/19439-inflacao-fecha-2017-em-2-95-e-fica-abaixo-do-piso-da-meta.html>. Acesso em: 31 maio 2018.

7 Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/Tutorial-Sala-de-Situacao.pdf. Acesso em: 31 maio 2018.

de internações. Esses serviços foram prestados para um total de quarenta e sete milhões e trezentos mil usuários.

Os números são superlativos. Basta que se faça uma divisão simples e teremos mais de cinco consultas e mais de dezesseis exames por usuário ao longo de um ano. São números que expressam utilização efetiva por parte dos usuários. Não traduzem eficiência ou qualidade mas, representam efetividade de acesso.

Os valores das mensalidades devem ser suficientes para custear todos os procedimentos utilizados pelos usuários. Esses valores constituem o fundo mutual ou a mutualidade que sustenta as operações de seguro. E saúde suplementar é seguro.

Explica Sandro Leal Alves

[...] as regras estatísticas e atuariais que permitem a existência de um plano de saúde são as mesmas do seguro. O fato de terem regulações diferentes não muda um aspecto essencial de sua natureza: o risco. O elemento de agregação dos riscos é exatamente o mesmo, independentemente se o seguro é realizado para proteção do patrimônio, de um automóvel ou de riscos associados ao adocimento. A diferença aqui, evidentemente, é que no caso da saúde não se pode repor a saúde como se faz no caso de um bem, mas é possível oferecer indenização ou acesso aos serviços de saúde como forma de tratamento ou mitigação dos danos aos indivíduos.

O que se segura não é a saúde em si, pois não é possível, mas a diagnose e o tratamento, que frequentemente geram despesas médicas, laboratoriais e hospitalares que poderiam ser proibitivamente elevadas ou levar uma família a situações financeiras bastante desconfortáveis por pagamento direto. (ALVES, 2015, p. 42-43)

A sustentabilidade dos fundos mutuais é responsabilidade das operadoras de saúde, porém, é inviável que seja garantida sem contribuição decisiva do órgão regulador, dos prestadores de serviços e dos próprios usuários. Sem isso não há como garantir que os valores arrecadados sejam suficientes para custear todos os procedimentos. No entanto, não há nenhum tipo de regulação para permitir que as operadoras gerenciem a utilização realizada pelos usuários, ou seja, não é permitido estabelecer limites ou restrições a utilização de consultas médicas ou, exames clínicos, por exemplo; e, a regulação da ANS também não se aplica a médicos, hospitais, laboratórios e nem fornecedores de insumos para a área de saúde. Todos os prestadores de serviços ou fornecedores de produtos de saúde, têm liberdade ampla para precificarem trabalho, equipamentos, material de saúde e medicamentos a partir de seus próprios critérios, sem qualquer regulação do Estado.

Na análise do caso concreto e de suas peculiaridades, o poder judiciário não tem dúvida de decidir em favor do consumidor das

operadoras de saúde, sem avaliar as consequências para o fundo mutual quando, por exemplo, o procedimento deferido não era previsto no rol de procedimentos da ANS, ou se tratava de um procedimento ou medicamento em fase experimental.

Nesse sentido, Sarlet pondera

[...] mesmo assumindo como constitucionalmente adequada a posição aqui sustentada, é de fato possível constatar que, notadamente (mas não exclusivamente) em virtude da insuficiente consideração das estruturas argumentativas e dos métodos e princípios de interpretação mais adequados ao direito constitucional positivo, especialmente no que diz com o correto manejo dos critérios da proporcionalidade e das diretrizes que presidem a solução das colisões entre direitos fundamentais de um modo geral, seguidamente ocorrerem certos abusos também na seara da assim designada constitucionalização do direito privado, com particular ênfase na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Não é sem razão, portanto, que mesmo adeptos insuspeitos de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas têm pugnado por uma postura mais cautelosa, destacando, por exemplo, que um dos efeitos colaterais indesejáveis decorrentes de uma hipertrofia da constitucionalização da ordem jurídica acaba por ser uma por vezes excessiva e problemática judicialização das relações sociais. (SARLET, 2017, p. 185)

A cautela recomendada por Sarlet se aplica perfeitamente a um setor marcado por forte impacto regulatório aplicado a delicada estrutura técnica que envolve riscos sensíveis, como são todos aqueles aos quais a saúde do indivíduo está sujeita. Diante da complexidade desse setor privado como garantir que a informação seja objetiva, eficiente e, em especial, contribua para o desenvolvimento da consciência da importância da sustentabilidade do fundo mutual e, conseqüentemente, do próprio sistema?

3 INFORMAÇÃO PARA OS CONSUMIDORES – DEVER UNILATERAL?

A Lei n.º 8.078, de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, determina no artigo 6º, inciso III, que o consumidor tem direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta sobre tudo o que se refira às características e riscos que representem.

O dever de informar é direito básico decorrente da vulnerabilidade que caracteriza a condição de consumidor. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem assinalam

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas

e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa. (MARQUES; MIRAGEM. 2012, p. 117).

Informar de forma adequada, objetiva, satisfatória e eficiente é um instrumento de mitigação da vulnerabilidade e, em consequência, viabiliza ao consumidor o melhor exercício de suas opções e escolhas porque, mais informado e menos vulnerável, o consumidor estará em condições objetivas mais seguras para decidir contratar ou, comprar serviços ou produtos.

Para que a informação seja, efetivamente, um instrumento prático para mitigar a vulnerabilidade é preciso que tenha qualidade; que seja em quantidade e forma adequados para investir o consumidor de condições possíveis para ter conhecimento dos aspectos relevantes e decisivos para o exercício da escolha e da utilização corretas do produto ou serviço.

Não é preciso informação em quantidade excessiva ou *hiperinformação*; não se trata de sequência de elogios ao produto ou ao serviço ou, demonstração de vantagens; nem pode ser informação seletiva para informar apenas o que o fornecedor considera relevante. A informação a ser prestada ao consumidor com objetivo de mitigar a vulnerabilidade tem que ser completa, detalhada, didática, de forma a capacitar o consumidor para exercer a opção correta e, para utilizar da melhor forma possível o produto ou serviço escolhido.

Nesse sentido, Miragem afirma

O conteúdo do direito à informação não é determinado *a priori*. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para atendimento do dever de informar pelo fornecedor que as informações consideradas sobre o produto ou o serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que essa informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor. A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.

[...]

A desigualdade entre consumidores e fornecedores, que é uma desigualdade de meios, uma desigualdade econômica, também é no mercado de consumo hipercomplexo de hoje, uma desigualdade informacional. Daí a necessidade de equilíbrio de relação pretendida pela legislação protetiva do consumidor e, sobretudo, pelo CDC, alcançar o que a doutrina alemã vem denominando atualmente de *equidade informacional* (*Informationsgerechtigkeit*). (MIRAGEM, 2016, p. 215)

O consumidor não tem direito a qualquer informação. Tem direito a uma informação que seja em quantidade e modo adequados à complexidade do produto ou do serviço escolhido, para que se cumpra o dever fundamental de propiciar ao consumidor fruição com segurança e possibilidade de sua escolha devidamente informada.

No caso de serviços como a saúde suplementar a informação deverá ser modulada a partir do grau de complexidade que o instrumento ou a atividade possuem. Há, evidentemente, diferença de informação entre a complexidade de um serviço de utilização de um hotel para estadia familiar e um contrato de saúde suplementar e, o cumprimento do dever de informar deverá ser modulado à luz da complexidade que o contrato oferece.

O prestador de serviços deve estar comprometido com o cumprimento do dever de informar porque o consumidor tem direito de compreender como e quando utilizar o serviço contratado, mas, também, tem o direito de usufruir plenamente com o máximo possível de possibilidades que contemplem suas necessidades.

O pressuposto decisivo para o cumprimento do dever de informar é a necessidade do consumidor e não a vontade do fornecedor. A pergunta a ser respondida pelo fornecedor é: *o que o consumidor precisa saber?* Não cabe ao fornecedor responder à pergunta: *o que eu quero informar?* Essa pergunta não tem relevância para a efetiva proteção do consumidor.

É dever do fornecedor garantir que o consumidor qualquer que seja sua capacitação intelectual ou experiência de vida, seja capaz de compreender claramente o que contratou, o que deve fazer para utilizar os serviços contratados e, como deve agir para solicitar informações complementares quando necessitar.

Cumprir observar, ainda, que o dever de informar só será efetivamente cumprido se o fornecedor organizar as informações de forma coerente, didática, que conduza o consumidor a compreensão de forma simples, facilitada pela redação e apresentação. Esses cuidados são fundamentais e, na atualidade, já existem profissionais em condições de assessorar fornecedores de diferentes áreas para que cumpram esse dever com cuidados técnicos de qualidade, para garantir os melhores resultados.

Parece correto afirmar, ainda, que é parte do cumprimento do dever de informar que o fornecedor esclareça os direitos do consumidor, mas, também, seja claro sobre aquilo que o consumidor não tem direito e sobre seus deveres. Só assim o consumidor estará amplamente informado e, em condições de construir análises e escolhas adequadas para dar ao objeto do contrato a destinação que deseje ou, necessita.

Não é incomum que as informações prestadas em contratos de prestação de serviços deixem de especificar cláusulas restritivas de direito; ou, ainda, que deixem de apontar os deveres que o consumidor tem que cumprir para que os melhores resultados sejam alcançados.

E esses aspectos – *o que o consumidor não tem direito e quais seus deveres* –, são tão relevantes quanto os direitos que o consumidor possui. O direito de informação não se concretiza com informações referentes somente aos direitos do consumidor, mas, também, com informações sobre o que ele não tem direito de esperar daquele determinado contrato e, os deveres que terá que cumprir para que seus direitos sejam efetivamente garantidos.

Informar é um dever do fornecedor que só se concretiza plenamente a partir das especificidades do serviço contratado e, com a apresentação de um conjunto de informações que identifique direitos, deveres e impossibilidades técnicas ou jurídicas (serviços não contratados, por exemplo) na utilização dos serviços contratados.

Essa conclusão parece estar em consonância com o disposto no artigo 4º, inciso IV, da Lei n.º 8.078, de 1990, que explicita a Política Nacional das Relações de Consumo e determina que deverão ser atendidos vários princípios, entre eles, a educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

A respeito dessa determinação legal ressalta José Geraldo Brito Filomeno que se trata de tarefa a ser realizada por todos *“Estado, empresas, órgãos públicos e entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor.”* (FILOMENO, 2011, p.86)

A determinação legal do artigo 4º, inciso IV, conduz a uma indagação perfeitamente cabível no caso específico dos contratos de saúde suplementar: é possível afirmar a existência de um dever do consumidor de se informar?

De fato, se considerada a quantidade de informações disponibilizada, a capacidade intelectual e a experiência do consumidor em cada caso concreto é possível afirmar que, muitas vezes, o consumidor dispõe de informações necessárias para não pleitear a prestação de serviço que não está previsto no contrato de seguro.

Se acrescentarmos as possibilidades de acesso a informações disponibilizadas na rede mundial de computadores e na mídia -impresa ou televisiva, por exemplo-, sempre levando em conta a comprovada capacidade instrucional e a experiência de consumidor concretamente individualizado, é possível sustentar que o consumidor tem o dever de se informar para utilizar corretamente os serviços contratados.

Vulnerabilidade não é um conceito que possa ser confundido com impossibilidade ou, inviabilidade de se informar. Ao contrário, a vulnerabilidade é uma situação fática que afeta todos os consumidores, mas, pode ser matizada a partir da condição específica de cada consumidor, de seu grau de formação intelectual, de sua experiência de vida, de sua habitualidade no consumo de determinados serviços ou produto. Essa graduação é que vai indicar o maior ou menor grau de dever de informação que compete ao consumidor. Todos os consumidores são vulneráveis e todos tem direito a informação; porém, todos têm dever de se informar de forma compatível com seu grau de intelectualidade e de experiência de vida.

O dever de se informar é uma decorrência natural do direito como elemento emancipatório de uma sociedade organizada. Sociedade organizada está compreendido aqui como aquela eficiente para atribuir direitos, garantir que sejam cumpridos, punir aquele que pretender impedir que os direitos sejam usufruídos e, capaz de incentivar que os detentores de direitos tenham condições objetivas para exercê-los e, para cobrar efetividade e proteção.

Esse é o principal papel do direito nas sociedades contemporâneas e hipercomplexas, oferecer a cada indivíduo a dimensão do que podem exigir que lhes seja garantido, ou, em outras palavras, viabilizar que cada indivíduo tenha poder de compreender o que lhe é devido e, como agir para garantir que haja efetividade de seu direito.

O risco de tratar a vulnerabilidade como um conceito imutável que signifique sempre que o consumidor não possui condições necessárias para tomar decisões em segurança é, confundir com a hipótese de que o consumidor não possui condições de progredir no conhecimento sobre produtos e serviços que escolhe habitualmente para consumir. E essa hipótese não tem sustentação. A própria realidade comprova isso porque os consumidores habituados a consumir habitualmente determinados produtos e serviços se tornaram mais exigentes, mais informados sobre suas opções, interessados em informações adicionais àquelas que lhe são fornecidas e, em especial, aprenderam com a experiência de consumo e se tornaram mais autodeterminados em suas escolhas e decisões.

Na sociedade de informação em que vivemos é razoável supor que o consumidor, desde que possua instrução formal mínima e comprovada experiência de consumo de um determinado produto ou serviço, em especial nos contratos cativos de longa duração, tem condições objetivas de cumprir o dever de se informar. Não é razoável aceitar que após anos de contratação sucessiva de um determinado serviço, por exemplo, o consumidor afirme ignorar aspectos essenciais da dinâmica do contrato,

ou, aspectos corriqueiros da relação de consumo estabelecida com o fornecedor.

Contratos complexos como os de saúde suplementar são um exemplo importante em que o consumidor precisa cumprir o dever de se informar, sob pena de não se tornar agente ativo de efetividade da proteção do direito como é desejável. O direito à informação aliado ao dever de se informar, de modo compatível com o grau de intelectualidade e de experiência de consumo, são elementos essenciais para a melhoria das relações de consumo sempre com o objetivo de proteger os direitos e a confiança do consumidor.

4 O DEVER DE INFORMAR DAS OPERADORAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O DEVER DE SE INFORMAR DO CONSUMIDORES DE SAÚDE SUPLEMENTAR – INSTRUMENTOS DE APRIMORAMENTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os contratos de saúde suplementar são bastante complexos, conforme já demonstrado. O consumidor precisa saber em que ano contratou e que modalidade de seguro possui para poder entender qual a lei que incide sobre o contrato; e, para saber quais os serviços que tem direito de utilizar e quais não lhe serão prestados por falta de previsão legal ou contratual. Também precisa saber se contratou plano individual ou coletivo (empresarial ou por adesão), para poder entender de que forma incidirá o aumento anual de mensalidades e, ainda, o que pode fazer para que as mensalidades não sejam majoradas em índices mais altos, em decorrência da utilização racional dos serviços prestados.

Os contratos de saúde suplementar são em parte redigidos pelas operadoras e, em parte atendem a determinação legal emanada da Lei n.º 9.656, de 1998, e de algumas centenas de atos regulatórios produzidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Não são contratos de leitura fácil e nem contribuem para a completa compreensão. As operadoras têm feito esforços no sentido de facilitar a compreensão dos contratos de saúde suplementar, seja com a elaboração de cartilhas, manuais do segurado e documentos similares publicados por meio impresso ou, viabilizados por meio eletrônico. Os órgãos de defesa do consumidor têm atuado fortemente no esclarecimento dos consumidores e, sem dúvida, contribuem para a divulgação dos aspectos mais relevantes desses contratos.

É direito do consumidor que as informações sejam prestadas pela operadora com regularidade, mas, é essencial que os consumidores tenham

acesso a informações sempre que necessitarem, em especial por meio de ligações telefônicas gratuitas que lhes permitam buscar informações sobre a modalidade de plano, mês de aniversário do contrato para reajuste anual, rede referenciada, entre outras informações essenciais. A conduta dos consumidores na solicitação de informações é parte do cumprimento do dever de se informar e, certamente contribuirá para que angariem maior autonomia no exercício de seus direitos, para exigir o que lhes é devido em decorrência da lei e do contrato.

No âmbito das coberturas disponibilizadas em cada contrato também há evidente complexidade. Se forem contratos anteriores a 1999 e que não tenham sido adaptados ou migrados para a nova lei, os procedimentos a que o consumidor tem direito são aqueles fixados no contrato e não os que integram o rol de procedimentos divulgado bianualmente pela ANS. Se forem contratos migrados ou adaptados à nova lei ou, ainda, contratos formalizados após 1999, já estarão sob a égide da Lei n.º 9.656, de 1998, e, nesse caso, os consumidores terão direito a todos os procedimentos descritos no rol divulgado pela ANS, além de outros que eventualmente, tenham sido contratados.

Para que o consumidor seja corretamente informado sobre o que contém o rol da ANS é necessário que governo e iniciativa privada atuem, diretamente, na divulgação dos procedimentos incorporados ao rol e o que, eventualmente, tenha sido retirado. É preciso, também, que médicos, hospitais, serviços de atendimento a clientes, departamentos de recursos humanos de empresas que contratam planos ou seguros saúde e, associações de proteção e defesa de consumidores ou de pacientes, se empenhem em divulgar informações para garantir que o consumidor utilize tudo o que tem direito; para que o consumidor não exija aquilo que não tem direito de forma a não prejudicar o fundo mutual; e, para não criar privilégios com a obtenção de sentenças judiciais que atribuem ao consumidor um direito que não está previsto na lei e nem no contrato e, para o qual, evidentemente, não foram recolhidos valores para compor o fundo mutual organizado com a contribuição de todos os contratantes.

O consumidor que obtém por sentença judicial a possibilidade de utilizar procedimento que não está previsto no rol da ANS ou, procedimento não previsto no contrato firmado com a operadora de saúde, não tem um direito garantido. Na verdade, recebe do judiciário um privilégio e isso é negativo para toda a sociedade. Se uma pessoa utiliza o que não está previsto na lei ou no contrato, esse é procedimento médico-hospitalar ou acesso a medicamento que não tinha previsão de recursos calculada atuarialmente para compor o fundo mutual. Toda a mutualidade vai custear o procedimento ou medicamento deferido pela justiça, porém sem que tenha sido realizado cálculo prévio de custeio e, sem que tenham

sido angariados os recursos necessários para o custeio. Isso resultará em impacto no valor das mensalidades no ano seguinte, porque implicará em impacto na sinistralidade e, nos resultados econômicos do fundo mutual.

Os recursos do fundo mutual não pertencem às operadoras de planos ou seguros saúde, pertencem aos usuários, aos consumidores. Cada vez que esses fundos são atingidos por decisões judiciais que determinam o custeio de procedimentos não previstos na lei ou no contrato, os fundos dispendem valores para os quais não havia previsibilidade atuarial. Em outras palavras, dispendem valores que deveriam ser utilizados para o custeio de outros procedimentos.

Essas práticas não prejudicam os resultados econômicos das operadoras de saúde suplementar, prejudicam apenas os fundos mutuais que pertencem aos próprios usuários consumidores.

A abordagem é polêmica porque a sociedade brasileira consolidou desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o entendimento de que os direitos fundamentais e os sociais prestacionais, devem ser garantidos a cada cidadão independentemente da reserva do possível e, até mesmo, independentemente de previsão legal ou contratual porque do contrário estaria agredida a dignidade da pessoa humana e, com ela, toda a estrutura de proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

O direito derivado do contrato firmado entre o consumidor e a operadora de saúde suplementar não é direito à saúde, nem tão pouco a proteção da vida. É direito de acesso a meios médico e hospitalares que poderão viabilizar o tratamento necessário à morbidade de que se encontra acometido o indivíduo. Nenhum contrato de saúde suplementar pode garantir saúde, apenas acesso a tratamentos e medicamentos aprovados por lei e, praticados por entidades de saúde devidamente autorizadas a realizar tais procedimentos.

Assim, é fundamental que o consumidor tenha informações sobre o que contratou e, busque se informar adequadamente para poder utilizar tudo o que tiver direito, mas, também, que se exima de requerer o que não tem direito nos termos do disposto no contrato ou, na legislação.

É importante ponderar, ainda, que ser informado é ato que depende da vontade de cada indivíduo. Nenhuma pessoa receberá qualquer informação se não desejar, mesmo as mais simples e desprovidas de complexidade. Ninguém pode ser obrigado a absorver informações e processá-las em conformidade com sua capacidade intelectual se não desejar fazê-lo. Só se informa quem realmente tem vontade de saber. Se não tem vontade de saber o indivíduo é capaz de ignorar as informações recebidas e, não absorver nada que lhe seja transmitido. Sem interesse em conhecer um determinado assunto, ninguém se informará de modo

a conseguir compreender amplamente seus direitos e, o potencial de utilização do produto ou do serviço.

E como garantir que o consumidor exerça sua vontade para se informar? Como garantir que o consumidor manifeste interesse pelas informações que estão sendo disponibilizadas e, se concentre para processar as informações e compreender amplamente o assunto que está sendo tratado? Como o fornecedor pode assegurar que a atitude do consumidor será colaborativa, com objetivo de obter informações e agir de forma a entendê-las em sua amplitude?

Nenhum fornecedor de produtos ou serviços pode garantir que o consumidor contribuirá com sua vontade para compreender corretamente as informações prestadas ou, para identificar informações insuficientes e que necessitam ser complementadas.

No caso específico dos contratos de saúde suplementar cujas informações são em grande quantidade, com alta dose de complexidade e quase sempre de caráter técnico, como, por exemplo, as especificações de procedimentos contidas no rol ou no próprio contrato, é evidente que a compreensão das informações depende de aspectos operacionais de quem informa (objetividade, concisão, forma didática de apresentação, organização de informações por ordem de relevância, entre outras), porém, também depende dos esforços que o consumidor fará para compreender as informações transmitidas e sua aplicação prática.

É importante considerar que em muitas situações a vontade do consumidor poderá ser no sentido de não se informar, de não conhecer as informações enviadas pelo fornecedor, de ignorar as informações a ele encaminhadas, de não exercer seu dever de se informar quanto a seus direitos, exatamente porque ele acredita não ter essa obrigação.

Nos contratos de saúde suplementar a decisão individual de não se informar pode impactar fortemente o fundo mutual que sustenta o pagamento de procedimentos.

Um consumidor que não se informe sobre procedimentos não incluídos em seu contrato poderá receber de forma irredutível a negativa de pagamento do procedimento e, reagir acionando o judiciário para utilizar o procedimento negado sob alegação de que não foi informado adequadamente. Ao acionar o judiciário para essa finalidade e alegar seu desconhecimento sobre o assunto em razão da ausência de informação, o consumidor causará impacto econômico no fundo mutual, que será obrigado a pagar os custos do procedimento para o qual não foi feito cálculo atuarial e nem arrecadado valores. Em outras palavras, o fundo mutual não dispõe de recursos para isso porque não havia previsão legal ou contratual para esse procedimento médico-hospitalar. Um caso

individualizado pode não causar maior impacto mas, casos sucessivos poderão baixar o poder de custeio do fundo mutual e, causar insolvência.

A solução para essa situação não é simples e, passa necessariamente por reconhecer que as operadoras nos contratos de prestação de serviços de saúde devem informar de maneira detalhada e objetiva; porém, precisam contar com a colaboração de seus usuários para que estes exerçam o dever de se informar, inclusive para exigir da operadora que melhore a qualidade e/ou, quantidade de informações disponibilizadas.

Nem todos os usuários terão condições ou experiência de vida para se informar, mas, se aqueles que possuem condições cumprirem com seu dever, será possível mitigar o número de conflitos entre consumidores e fornecedores.

A perspectiva de engenharia contratual a partir do equilíbrio entre direitos e deveres das partes contratantes encontra respaldo nas lições de Claudia Lima Marques

[...] para muitos, essa noção de procura de equilíbrio e equidade contratual está inserida no princípio da boa-fé ou no princípio formulador máximo, o da confiança. A boa-fé objetiva valoriza os interesses legítimos que levam cada uma das partes a contratar, e assim o direito passa a valorizar, igualmente e de forma renovada, o nexu entre as prestações, sua interdependência, isto é, o sinalagma contratual (*nexum*). Da mesma forma, ao visualizar, sob influência do princípio da boa-fé objetiva, a obrigação como uma totalidade de deveres e direitos no tempo e ao definir também como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, valoriza-se, por consequência, o equilíbrio intrínseco da relação em sua totalidade e define-se o que é razoável em matéria de concessões do contratante ao mais fraco (*Zumutbarkeit*). O desequilíbrio significativo dos direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora de novo direito contratual em sua visão social. (MARQUES, 2016, p. 291).

O novo direito contratual protege a confiança do consumidor e exige práticas de boa-fé objetiva das partes contratantes. Da parte do fornecedor de serviços de saúde suplementar, a melhor expressão de boa-fé objetiva é informar de forma qualificada e adequada o consumidor. Da parte do consumidor a prática de boa-fé objetiva consiste em se informar sobre o contrato, respeitados seus atributos individuais de intelectualidade e experiência de vida.

Nessa maneira de compreensão das práticas de boa-fé a serem executadas pelas partes, os contratos de saúde suplementar poderão ser tratados como verdadeiros contratos cooperação no sentido utilizado por Luciana Antonini Ribeiro

O antagonismo antes visualizado como elemento central no direito dos contratos é revisto e substituído pela cooperação entre os contratantes. Entende-se que, em verdade, existe um affectio

contractus, restando os contratantes caracterizados como “parceiros”, atuando de forma coordenada para que os melhores resultados possam ser obtidos. Desta forma, estes parceiros “pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça”.

“Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual damos a ele uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito a qualquer um deles tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como da sua execução.”

Maria Celina Bodin de Moraes [...] caracteriza esse novo momento da teoria contratual a partir da alteração de seu “centro valorativo”, ou seja, não mais ressalta em importância o indivíduo e sua vontade, mas sim a pessoa humana, sua dignidade e socialidade. No dizer da jurista carioca, “em lugar da liberdade contratual, a solidariedade social”. (RIBEIRO, 2007, p. 435).

E a lição de Ronaldo Porto de Macedo Júnior é lapidar quando ensina

[...] Durkheim, que ao definir as relações de solidariedade orgânica aplicadas às relações contratuais, afirma que o elemento de cooperação é o que mantém a relação de troca estável. Para ele, os contratos de modo geral caracterizam-se pela existência de obrigações recíprocas e correlacionadas. “A reciprocidade apenas é possível onde existe cooperação e isto, em contrapartida, não ocorre sem a divisão social do trabalho. Cooperar é, de fato, dividir com outro uma tarefa comum. Para Durkheim, a solidariedade é o elemento de coesão social (de natureza moral) que permite aos homens estabelecerem relações de cooperação, como por exemplo firmarem contratos, fenômeno somente imaginável em função da divisão social do trabalho e da diferenciação social. [...] solidariedade é definida como elemento moral pressuposto nas relações de cooperação, entendidas como divisão com outrem de uma tarefa comum.

[...]

A definição que proponho é a de que cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua dos ônus. Nesta segunda definição encontramos o elemento mutualidade que era inexistente na primeira definição. Note-se que a mutualidade se reporta ao benefício e não apenas à existência de uma contrapartida formal na relação contratual. A mutualidade de benefícios reporta-se ao elemento material e substantivo objeto das transações e, neste sentido, define-se a partir da ideia de equilíbrio substancial nas trocas. [...]

[...]

[...] Já os contratos de seguro, em particular os contratos de seguro de consumo, como por exemplo os planos de saúde, apresentam tanto um aspecto cooperativo (por exemplo viabilizar economicamente

a criação de uma proteção contra risco não equacionável sem o envolvimento de vários agentes e interessados), como também um aspecto solidarístico, enquanto pautado pela ideia reguladora de que *deve haver*, há uma justiça social implícita, na socialização dos prejuízos que atingem os menos afortunados. (MACEDO JUNIOR. 1998, p. 171-178)

O conceito de mutualismo ou mutualidade remete à ideia de colaboração e solidariedade social. Somente aqueles que temem o mesmo tipo de risco como, por exemplo, algum tipo de dano à saúde, se motivam a organizar recursos em fundo mutual que tenha suporte atuarial para fazer frente ao custeio dos procedimentos necessários para a manutenção da saúde. Esse fundo mutual tem sua organização e administração sob encargo de pessoa jurídica de direito privado, as operadoras de saúde, a quem competirá utilizar os recursos somente para situações previamente definidas pela lei e/ou o contrato, para que não sejam utilizados indevidamente os recursos que pertencem a todos e não às operadoras.

A colaboração entre as partes contratantes se dá desde o primeiro momento, na apresentação da proposta, quando o contratante deverá responder de boa-fé às perguntas formuladas no questionário de avaliação de risco. A contratada, operadora de saúde, por sua vez, somente poderá formular perguntas que tenham estrita pertinência com os cálculos que serão realizados sem jamais invadir a esfera da privacidade do contratante. Firmado o contrato a conduta das partes deve continuar sendo pautada pela boa-fé e colaboração, em especial, no que tange ao dever de informar e de se informar, que permitirá às partes agirem em consonância para alcançar os melhores propósitos individualmente e para a coletividade que sustenta o fundo mutual.

O dever de informar é primordial para as relações de cooperação no contrato de saúde suplementar, obrigação fundamental das operadoras de saúde. Mas, o dever de se informar em conformidade com sua capacidade intelectual e com sua experiência de vida é obrigação do consumidor, a ser cumprida durante todo o período de duração do contrato inclusive, para exigir maiores e melhores informações do fornecedor sempre que isso se mostre necessário.

5 CONCLUSÃO

O segmento econômico de saúde suplementar tem enfrentado problemas reais de sustentabilidade que fez com que algumas operadoras encerrassem suas atividades e, em consequência, deixassem seus usuários em total insegurança. De forma sistemática tem havido redução no número de operadoras de saúde em atuação conforme dados obtidos na

Sala de Situação⁸ do sítio da ANS na rede mundial de computadores. Eram 1969 operadoras de saúde em atividade em 1999 e, na atualidade, são 920 operadoras de saúde.

Essa retração, associada à crescente judicialização das relações na saúde suplementar, sinaliza que existem problemas graves que precisam ser identificados e solucionados para que o setor possa atender com qualidade seus usuários porque, quando se trata de procedimentos de saúde não pode existir solução provisória ou, sem qualidade técnica.

Um dos problemas mais persistentes na relação entre operadoras de saúde e usuários é a dificuldade de informação, seja pelo grande volume de dados que precisam ser informados (tipo da operadora, modelo do contrato, data de incidência de aumento da mensalidade, mudanças de rol de procedimentos da ANS etc), seja pela quantidade de termos técnicos que precisam ser empregados e, as dificuldades inerentes à compreensão (diferença entre urgência e emergência, por exemplo). Existem dificuldades, ainda, pelo fato de que os contratos de saúde suplementar reproduzem em grande parte as normas regulatórias emanadas da ANS e estas, nem sempre são redigidas de forma clara e objetiva para permitir a correta compreensão.

Informação adequada é parte importante da solução do problema. Resta indagar quem são os atores que podem ser também parte da solução e não do problema. Nesse sentido, a reflexão procurou demonstrar que existem elementos legais e sociais para propor que o usuário – consumidor -, cumpra seu dever de se informar sobre os contratos que pactua, em especial quando esse contrato tem notória relevância como tem o contrato de saúde suplementar.

A nova ordem contratual instaurada com a Constituição Federal de 1988, com o Código de Defesa do Consumidor em 1990 e, finalmente, com o Código Civil de 2002, impõe aos contratantes boa-fé objetiva e caráter de colaboração, para que os melhores resultados sejam obtidos nos contratos. A supremacia do interesse de uma parte sobre a outra, a busca de vantagem exagerada a partir de cláusulas mal redigidas ou intencionalmente mal colocadas, tudo isso é, felizmente, parte do passado e impensável na sociedade brasileira contemporânea, que vive sob a égide de novas concepções nas práticas contratuais.

O objetivo constitucional repassa a legislação ordinária e aponta a solidariedade social como ponto de partida para o qual devem convergir os melhores esforços de todos, consumidores e fornecedores, cada

8 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 31 maio 2018.

qual efetivando no âmbito de suas possibilidades concretas as medidas necessárias para relações harmônicas.

No âmbito da saúde suplementar a solidariedade é objetivo anterior ao texto constitucional. Remonta ao surgimento dos contratos de seguro nos tempos mais antigos, quando a genialidade humana detectou a mutualidade como técnica suficiente para fazer frente aos resultados de diferentes tipos de risco que o homem enfrenta desde seu aparecimento no planeta. A mutualidade a serviço de todos os que tiverem contribuído para a formação do fundo, de onde sairão recursos econômicos para custear a recomposição após a ocorrência do risco predeterminado. Assim funcionam os seguros desde sempre: o esforço de todos para o custeio dos danos que afetam alguns, sempre com cuidado para que os valores do fundo sejam utilizados de forma racional, em conformidade com os cálculos atuariais que estabeleceram os valores necessários para a reserva técnica.

Não há fórmula matemática que consiga criar um contrato de saúde suplementar que possa custear todos os riscos que a saúde de um indivíduo pode sofrer ou, que permita a utilização de todos os recursos médico-hospitalares criados ou, em vias de serem aprovados para utilização técnica.

O que garante a sustentabilidade dos fundos mutuais é o cálculo atuarial construído a partir dos estudos dos riscos predeterminados, das estatísticas de manifestação desses riscos e, das probabilidades de ocorrência desses riscos ao longo de um determinado período de tempo. Quando se impõe ao fundo mutual o pagamento de valores que não haviam sido previamente tratados como estatisticamente prováveis o fundo sofre perda significativa, que poderá impactar futuras necessidades. Em outras palavras, quando se utiliza recursos do fundo mutual para pagamento de procedimentos que não haviam sido considerados no cálculo inicial, é possível que falem recursos para pagamento de procedimentos previstos no contrato, porém, agora, sem recursos em razão de custeio indevido realizado anteriormente.

Os fundos mutuais organizados na saúde suplementar devem custear procedimentos previamente identificados no contrato e na lei. Para que isso aconteça com tranquilidade e segurança é preciso que operadoras, usuários, prestadores de serviços, corretores de seguro, poder judiciário, entidades de defesa do consumidor e todos os que atuam no setor conheçam os riscos cobertos e os riscos não-cobertos nos contratos de saúde suplementar, para que somente os riscos cobertos sejam fornecidos e custeados.

No âmbito dos contratos de saúde suplementar a reserva do possível está caracterizada no fundo mutual constituído com o pagamento das mensalidades de todos os usuários e que a eles pertence, embora seja administrado mediante remuneração por uma operadora de saúde - medicinas de grupo e seguradoras - ou, sem remuneração - autogestão e filantropia. Independentemente de haver ou não remuneração há uma reserva mutual que contém valores destinados a custear os procedimentos de saúde. Obrigar a reserva técnica a custear procedimentos que não haviam sido calculados quando de sua formação é, onerar em demasia o fundo e incorrer no risco da insolvência.

Decorre dessa arquitetura técnica que envolve riscos (procedimentos), contribuições (mensalidades) e probabilidades (hipóteses de utilização dos recursos do fundo mutual) que a informação é preceito essencial da relação contratual entre consumidores (usuários) e, fornecedores de saúde suplementar. É dever das operadoras prestar informação qualificada, objetiva, simples, concisa e regularmente sobre direitos dos usuários, sobre procedimentos que poderão ser custeados, sobre os documentos que necessários para liberação de recursos e tratamento, sobre percentuais de reajuste e forma de cálculo do reajuste anual, entre outros aspectos essenciais para a proteção do consumidor.

De outro lado, é preciso que o consumidor (usuário) tenha disposição volitiva para se informar em conformidade com sua possibilidade intelectual e, com sua experiência de vida, mas, com manifesta vontade de conhecer os dados essenciais do contrato de saúde suplementar. A participação do usuário de saúde suplementar é fundamental para melhorar a qualidade da informação, para corrigir distorções, para apontar a necessidade de simplificação ou, de aumento ou redução do volume de informações para aprimorar e criar canais permanentes de diálogo entre os principais atores desses contratos.

O fundamento constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana aliado aos direitos fundamentais e aos sociais prestacionais, deve garantir que o cidadão se torne mais autodeterminado, com maior autonomia para decidir e para atuar na melhoria das relações econômicas e sociais.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafio da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola Superior Nacional de Seguros. 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro, 2011.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto de. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Luciana Antonini. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.) *A nova crise do contrato. Estudos Sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Regulamentação dos Planos de Saúde. *Coletânea legislativa*. 4. ed. São Paulo: Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, 2016.

SARLET, Ingo W. *A influência dos Direitos fundamentais no Direito privado: algumas notas sobre a evolução no Brasil*. In: PINTO, Hélio Pinheiro *et al.* *Constituição, Direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

EL IMPACTO DE LA BIOÉTICA EN EL DERECHO: UNA NUEVA DISCUSIÓN SOBRE LA EUTANASIA

THE IMPACT OF BIOETHICS ON LAW: A NEW DISCUSSION ON EUTANASIA

Armando Segundo Andruet¹ 

¹ Universidad Nacional de Villa María (UNVM), Córdoba, Argentina.
Doutor em Direito. E-mail: armandoandruet@gmail.com

Sumário: Breve marco teórico. 2 Acerca de las vinculaciones disciplinarias del derecho. 3 Acerca del impacto de la bioética en el derecho. 4 Delimitación disciplinar del derecho. 5 Criterios de discernimiento de juricidad bioética. 6 A modo conclusivo. Referencias.

Resumen: La vinculación entre la bioética y el derecho es más que disciplinar, es propiamente de impacto. Ello así, porque la bioética puede modificar al mismo sujeto que cumple el derecho y posibilita que se produzcan comportamientos de naturaleza autorreferente exterior sin carácter transitivo a terceros y por lo tanto, deberían ser admitidos desde lo jurídico aun cuando quede habilitada la discusión moral de ellos. El trabajo lleva en última instancia dicho impacto al caso límite, como es la máxima disposición del propio cuerpo en funciones de acciones de naturaleza vital a la admisión de la práctica de la eutanasia y antes, a las técnicas de convergencia para la mejora humana; además de ello, se habrá de producir naturalmente un fenómeno de judicialización de la bioética en donde se presentarán criterios de juricidad diferentes a los actuales y que los jueces tendrán que integrar junto a los consabidos criterios de ponderación y subsunción. De todas formas, que la bioética impacte en el derecho y que de allí se pueda colegir una supuesta admisión desde el punto de vista jurídico a la eutanasia; lo que todavía no se ha soslayado es la discusión religiosa o moral que se puede presentar y que por lo tanto, puede frustrar todo el anterior emplazamiento. Las razones morales en el ámbito del derecho, pueden en ciertos casos ser más fuertes que las jurídicas que permiten lo contrario.

Palabras clave: Autonomía. Bioética. Cuerpo Humano. Conductas Autorreferentes. Eutanasia.

Abstract: The link between bioethics and law is more than disciplinary, it is proper impact. This way, because bioethics can modify the same subject that complies with the law and makes it possible to produce behaviors of an external self-referential nature without a transitive nature to third parties and therefore, they should be admitted from the legal point of view even when their moral discussion is enabled. The work ultimately leads to such an impact on the borderline case, as is the maximum disposition of the body itself in functions of actions of a vital nature to the admission of

E-ISSN: 2178-2466

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.3215>

Recibido em: 28.07.2019
Aceito em: 08.08.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

the practice of euthanasia and before, to the convergence techniques for human improvement; in addition to this, there will naturally be a phenomenon of judicialization of bioethics where legal criteria will be presented different from the current ones and that the judges will have to integrate together with the usual criteria of weighting and subsumption. In any case, that bioethics has an impact on the law and that from there a supposed admission from the legal point of view to euthanasia can be collected; What has not yet been overlooked is the religious or moral discussion that can be presented and which, therefore, can frustrate the entire previous location. Moral reasons in the field of law may in some cases be stronger than legal ones that allow otherwise.

Keywords: Autonomy. Bioethics Body. Self-Referring Behaviors Euthanasia.

1 Breve marco teórico

El ensayo que presentamos, atento al título que lo denota, obviamente que no tiene ninguna aspiración de ser innovador y hasta puede mostrar, una cierta idea de sincretismo académico en materias que se pueden presentar como diversas; y si bien ello es posible que en alguna medida ocurra, justamente queremos señalar que no es el objetivo deseado. Más no siempre, lo que se quiere hacer o decir, es lo que se logra realizar.

Partimos de un dato fáctico que no es para nada menor, como es el de tener por evidencia del sentido común, que es verosímil que existe una cierta incidencia disciplinar de la bioética en el derecho. A dichos efectos, se tiene por suficientemente acreditado con solo tener a la vista, alguno de los tantos avances que las ciencias médicas han producido en los últimos años y la necesidad que ella ha impuesto en la actualización de los sistemas jurídicos o de la interpretación jurídica que sobre ellos se puede realizar. Existe entonces un *impacto* incuestionable de la bioética en el derecho.

La propuesta central será entonces brindar algunas de las razones que estimamos suficientes que permitan dar crédito a la tesis de que tal impacto, es en rigor de una entidad mayúscula y por lo tanto, que no puede ser inobservado o cuando ello se produce, los riesgos que se corren pueden ser muy graves para el funcionamiento mismo del sistema o para la adjudicación de derechos de las personas.

2 Acerca de las vinculaciones disciplinarias del derecho

Comenzamos por señalar con precisión, que cuando decimos un ‘*impacto*’, hacemos referencia a que la bioética, tiene una implicancia en el derecho de jerarquía y con una valencia que puede hacer que ciertas bases de la arquitectura del mundo jurídico queden entredichas.

Acaso esta cuestión no haya sido todavía del todo reparada por los estudiosos en esta interdisciplinarietà. Pues si bien no se puede ignorar que otras disciplinas menos noveles que la bioética han incidido de buena manera en el derecho, ninguna de ellas, ha tenido la caladura que ésta ha generado. Lo cual es debido, a que la bioética –en cuanto al derecho importa- conjuga y vincula al hombre mismo, digamos tautológicamente: al sujeto, que a la vez es sujeto de derecho; y no a las conductas o cosas de las que el hombre se vale para su realización social.

O sea que otras disciplinas no han *impactado* en el derecho como lo ha hecho la bioética, sino solo han *golpeado* a él; porque no operan causalmente sobre el mismo hombre sujeto de derecho, sino que lo hacen sobre los ámbitos y/o entes de los cuales el hombre se puede valer para obrar o hacer cosas. Pues nadie podría dudar, que disciplinas como la ingeniería o la física, son por demás significativas para el derecho; en base a ellas – más allá de la discusión dogmática- los jueces organizan los sistemas de responsabilidad civil o en función de sus precisiones cuantitativas, pueden los jueces definir lo suyo de cada quien y tantos otros aspectos. Pero lo cierto es, que ni la física ni la ingeniería, se inmiscuyen dentro del sujeto que opera o hace y si acaso lo hicieran, sólo sería posible en cuanto fuera una conducta la producida por éste, que resulte traslativa a terceros.

Se podría decir también, que otras disciplinas, como la psicología, deberían tener entonces un impacto severo en el derecho, puesto que se refiere ella sí, a la misma persona que es sujeto de derecho en cuanto tiene, un determinado comportamiento psicológico que como tal, lo habilita o no, para determinados actos jurídicos. Ello es absolutamente cierto, pero sin embargo, la incidencia o impacto no es tal, en cuanto que dicho comportamiento psicológico – patológico o normal – sólo valdrá para el derecho en cuanto que haya tenido alguna exteriorización y rúbrica en el mundo exterior.

Los comportamientos psicológicos autorreferentes de las personas (JOLIVET, 1956, T.IV, p. 529), no están alcanzados por el derecho, sino protegidos por los textos constitucionales en cuanto que no son causa

1 “Impacto. ‘Choque con penetración, como el de la bala en el blanco’, s. XIX. (como adj. y sólo como término médico, 1734). Tom. del lat. tardío *impatius, -us*, ‘acción de chocar’, deriv. de *impigere* ‘empujar, lanzar’ (COROMINAS, 1998, p. 332).

jurígena de nada. Todos gozamos de una libertad de pensamiento y sobre la cual, el derecho es inane para cuestionar cuanto se piense.

De tal manera bien se puede advertir, que las disciplinas de la ingeniería o física en modo alguno, involucran como sujeto, al mismo sujeto de derecho. Así también de la psicología, que si bien hace foco en el mismo hombre como sujeto de derecho, pero solo en tanto que realice comportamientos que no sean autorreferentes, sino transitivos a terceros.

En síntesis se puede decir, que ciencias como la ingeniería o la física afectarán al derecho, en tanto que suministran elementos para una adecuada determinación de su propia facticidad en la realidad, y que conformarán el sustrato de todas las conductas juzgables: todas ellas por caso, se producen en un tiempo y en un espacio. Otras disciplinas también embestirán al derecho, aunque no se ocupen de la facticidad, sino de quien cumple una acción en ella – como es la psicología-, pero en tanto dicha conducta tenga relevancia para terceros en términos generales. Por ello, los comportamientos autorreferentes no merecen atención para el derecho.

La bioética por el contrario, genera un auténtico *impacto* en el derecho, y no un mero choque, puesto que su incidencia se comporta de manera diferente, habilitando un segmento insuficientemente explorado². Pues la atención que el derecho aprecia de la bioética, no sólo que será por el sujeto de derecho en cuanto que tiene comportamientos transitivos a terceros, por ejemplo todos los relacionados con el consentimiento informado en el marco de una relación clínica; sino que innova, en un espacio que el derecho si bien lo conocía, en rigor lo había desatendido porque su realización devenía limitada y que ubica a dichos actos, como ‘actos de autorrealización’ (NINO, 1989, p. 225), los que también con mayor especificidad se conocen como ‘actos autorreferentes’ que reiteramos, son opuestos a los actos transitivos.

Respecto al descuido del derecho sobre estas cuestiones que ahora la bioética trae al presente, no es posible achacarle ningún déficit a la ciencia jurídica. Sólo hay que decir, que si la bioética es hija de un momento histórico en donde se entrecruzan por una parte los desarrollos y avances tecno-científicos aplicados a la medicina y por la restante, la explanación y visibilización de una serie de derechos de novedosa factura moral, especialmente considerados al amparo del derecho a la privacidad o la intimidad; es allí donde se habrán de encontrar las razones que expliquen el *impacto* que en el derecho la bioética ha causado y previsiblemente seguirá causando.

2 En las antípodas a esta posición, otros autores han sostenido que lo que se genera es una cuota de ‘reciprocidad’ entre la bioética y el bioderecho –siendo este último, el marco legal que se ha producido por la aparición de las nuevas biotecnologías-, destacándose que las influencias mutuas no significa que sean simétricas (KEMP, 2009, p. 162).

Téngase presente, que decir ‘*haber causado o seguir causando*’ un *impacto*, importa brindar una explicación que fácticamente destaca la existencia de un acontecimiento jurídico que haya sido el resultado de una causalidad bioética en su origen. Huelga destacar que la bioética no es metafísica y el derecho tampoco es solo formalismo positivo, por lo cual, gran parte del desafío que implica absorber el *impacto* de la bioética en el derecho, transitará -y coloco énfasis ahora- en poder y saber desarrollar una adecuada experticia y utilización de enunciados morales en la práctica judicial, cuando de problemas bioéticos se trata (ATIENZA, 2004, p. 24ss). Y ello – veremos infra – es el gran reto que la bioética hace a los jueces y al sistema de derecho.

Atento lo expuesto, bien se podrá preguntar entonces: ¿Por qué el *impacto*? A lo cual respondemos: porque la bioética al haberse emplazado y desarrollado al calor de los progresos tecno-científicos en las ciencias de la vida, ha abierto infinitos horizontes respecto al hombre mismo en cuanto es generador de conductas transitivas a terceros que antes resultaban inexistentes o imposibles de ser cumplidas (RODOTÀ, 2014, p. 287).

Sólo para ejemplificar: hoy es perfectamente posible y se ha legislado de manera muy diversa en varios países, que la maternidad de una mujer pueda ser subrogada en el vientre de otra (GODOY, 2016, p. 233); lo cual es posible por los desarrollos que en el manejo de las técnicas de reproducción humana y de la biología genética se han producido. Y ello, al ser un acto de naturaleza transitiva, habrá de generar consecuencias jurídicas en terceras personas, y para lo cual, la ciencia jurídica en general, ya tiene un entrenamiento suficiente para ponderarlo y juzgarlo más allá de su carácter novedoso. El *impacto* de la bioética en el derecho, no es entonces por lo nuevo de las cuestiones.

En el ejemplo de la subrogación de vientre por maternidad desplazada, en sede judicial, los jueces ante un supuesto, tendrán a la vista entre otras ponderaciones las siguientes: 1) si existe o no cosificación de la mujer que deviene receptora del embrión atento a su función meramente de artefacto de portación de un embarazo; 2) se atenderá lo relativo a la existencia o no, de la mercantilización del propio cuerpo atento a que puede que el convenio contractual tenga prestación dineraria; 3) se estudiará cuidadosamente si se podrán seguir consecuencias dañosas para el nacido una vez que sea separado de quien lo ha desarrollado; 4) se ponderarán las razones físicas y psicológicas de la requirente y sus entorno socio-familiares; 5) se habrán de ponderar los derechos futuros del nacido en cuanto concierne al conocimiento de su identidad biológica, si acaso hubieran intervenido donantes en la subrogación y otras tantas cosas.

Todas las perspectivas apuntadas y tantas más no dichas, nos involucran con los comportamientos transitivos que un desarrollo de las

técnicas de reproducción humana asistida ha traído; que son novedosas, puesto que parecen desafiar un determinante de lo natural a partir de un componente cultural y tecnológico, pero en realidad no desestabiliza la tradición del derecho, sólo movilizan a nuevas y diferentes reflexiones.

Por ello decimos, que la ciencia del derecho no tiene dificultad para enfrentarse a cuestiones que los progresos tecno-científicos en perspectiva de la salud humana se prohíjen. El derecho como disciplina clásica, sabe, acerca de la manera de enfrentar dichos problemas, lo ha hecho desde el derecho griego hasta nuestros días.

Aquí es oportuno hacer una aclaración a todo este desafío de pensar conflictos y armonizaciones, entre una disciplina mayor y clásica como es el derecho, con otra particular y novel como es la bioética. La bioética conceptualmente hablando, quizás se puede nombrar como una disciplina procedimental, en tanto que brinda insumos teóricos y operativos para llevar adelante una deliberación moral en cuestiones sanitarias (POCE, 2009, p. 61ss). O sea que brindan criterios reflexivos, que se insertan en un proceso deliberativo que orientará respuestas que involucran a las ciencias de la vida en sentido lato, generados como conflicto por los avances tecno-científicos. La bioética no es la causa de que existan desarrollos técnico-médicos, sino que se ocupa de hacer un juicio operativo y moral respecto a conveniencias o no, acerca de lo que pueden significar los mismos³.

O sea, la bioética habrá de juzgar sobre los efectos y eventualmente establecerá estándares desde lo procedimental, promoverá desde lo teórico criterios orientativos para las cuestiones, formulará teorías que justifican o no ciertas realizaciones, podrá también postular juicios precautorios respecto a comportamientos previsibles, etc. Con todo ello queda a la vista, que la bioética es un tipo de razonamiento práctico, aplicado especialmente al ámbito de las ciencias de la salud y promovido a la luz de los avances que la técnica para el mismo desarrollo de la especie humana o del sujeto individualmente considerado pone en juego (TOULMIN, 2003, p. 156ss).

Dicho esto así, deja muy cerca procedimentalmente hablando, la bioética al derecho. Ambas realidades se nutren de un modo de razonamiento práctico, aunque el derecho sin duda que tiene en su composición, una mayor cantidad de indicaciones prescriptivas – dispuestas en las leyes y

3 “La bioética es, en primer lugar, un método de reflexión (tanto a nivel de fundamentación como de procedimiento) que sirve al fin de dar respuestas a los problemas éticos que se han suscitado en las profesiones relacionadas con las ciencias de la vida y de la salud (...) Sin embargo, he defendido ya en otros lugares que la bioética es más que eso. Es una ética civil, otro modo de entender la situación en la que nos encontramos, una reflexión que probablemente nos da muchas pistas para enfocar temas que están ahora bastante oscuros...” (FEITO GRANDE, 1997, p. 170).

códigos adjetivos- que no existen en la bioética; el derecho en términos generales trabaja deductivamente y la bioética por defecto es inductiva. En el derecho se procede de la norma al caso, y en la bioética son los casos los que construyen la regla.

Entonces podemos volver a interrogar, ¿por qué se produciría un *impacto* de la bioética en el derecho, habiendo tantas coincidencias? Veamos ello.

3 Acerca del impacto de la bioética en el derecho

Hemos dicho ya, que la coincidencia entre la psicología y la bioética –a los fines de este análisis- estaría brindada en que ambas disciplinas, se ocupan –igual que el derecho- del hombre como sujeto de derecho, en cuanto que éste tenga comportamientos transitivos. Dijimos también, que expresamente están fuera del ámbito de lo jurídico, aquellos comportamientos que aun proviniendo del sujeto de derecho, no salen de la esfera de su conciencia, privacidad o intimidad, es decir, son conductas autorreferentes.

Dichos comportamientos autorreferentes podrán ser estudiados por la psicología para hacer un juicio conductual futuro de una persona, es sin duda ello del todo posible; pudiéndose incluso, hacer algunas previsiones y precauciones respecto al comportamiento de dicho sujeto, tal como las neurociencias adelantan (CORTINA, 2012, p. 151; EVERS, 2010, p. 73). Mas ello, no habilita a realizar ningún juzgamiento en función acaso de lo que esa persona piensa, nadie puede ser juzgado por un acto de pensamiento. El derecho se ocupa de lo transitivo, esto es, aquello que *impacta*, o sea que no sólo choca con el otro, sino que etimológicamente digamos, penetra en el otro. Ello, es un comportamiento transitivo.

Sin embargo desde hace algunas pocas décadas y no porque la bioética estuviera de por medio, el derecho habilitó un ámbito reflexivo y de juzgamiento de comportamientos que si bien son autorreferentes, pero sin embargo salen de la esfera íntima o privada de las personas y son exteriorizados en actos determinados, pero que no por ello, ganarán el título de ser conductas transitivas como por definición se podría creer. O sea entonces, existen actos autorreferentes porque hacen a la misma intimidad o privacidad del sujeto -son sus proyectos de vida- que son exteriorizados de esa manera, pero sin embargo no son transitivos, puesto que no tienen otro destinatario que el mismo sujeto que las cumple.

Por caso, pensar algo que me causa alegría es un comportamiento autorreferente, mas decirlo a viva voz puede convertirlo en un acto transitivo, porque puede generar una afectación a quien lo escuche.

Entonces, de autorreferente ha mutado a transitivo. La bioética *impacta* en el derecho, porque son los avances técnicos, los que habrán de permitir que existan actos autorreferentes, que pueden ser exteriorizados pero a la vez, no se convierten en transitivos. Son inocuos a los demás, pero trascendentales para quien lo ejecuta.

Se trata de comportamientos que no estando prohibidos o impuestos de alguna forma por la ley, exteriorizan la conciencia o el yo de un sujeto de derecho y en la medida que no afecta intereses, bienes o la vida de terceras personas, no podrían ser jurídicamente cuestionados aunque moralmente sí. Desde lo doméstico esto significa, el respeto a la tolerancia de los proyectos de vida de las personas (FETSCHER, 1994, p. 137) y que son cada vez mas frecuentes de advertir en tanto que las sociedades políticas donde coexistimos, se encuentran fragmentadas moralmente y dicha diversidad, sumada a un multiculturalismo constante, hace que las personas debamos ser tolerantes ante proyectos de vida ajenos (RUBIO CARRACEDO, 2007, p. 103 y ss).

Como se puede advertir, dichos proyectos de vida: *autorreferentes aunque exteriores, pero no por ello transitivos, en tanto que no afectan a terceros*; no son tantos como se podría creer, puesto que en general, vivimos en sociedades demarcadas por el fenómeno jurídico y es poco frecuente, que un determinado proyecto de vida, en algunas de sus tantas aristas no se encuentre atendido por lo jurídico y por ello, ya se habría convertido en transitivo.

Sin embargo los avances tecno-médicos, posibilitan que realizaciones autorreferentes exteriorizadas no se vuelvan transitivas porque no han sido todavía clasadas, siendo ellas, las que habilitarán una deliberación bioética determinada, y es en tanto eso, lo que *impacta* con severidad en el mundo del derecho.

La bioética, como reflexión procedimental junto al desarrollo teórico que ha conformado, acerca de la relación tecnología, valores y salud, construye sus respuestas y brinda sus orientaciones; mas lo que no está en condiciones de poder hacer, es generar la síntesis completa acerca de si ciertas realizaciones, aun siendo autorreferentes aunque exteriorizadas sin afectación a terceros, podrían ser igualmente ejercitadas por coincidir con un ideal moral. Ello, es un ámbito ponderativo que indudablemente habrá de quedar en manos de los juristas. El juicio bioético será reflexivo bajo coordenadas más amplias que las utilizadas por el derecho, pero las que termine haciendo el derecho, serán por defecto, aquéllas que la sociedad habrá de tener que respetar. La reflexión desde la perspectiva bioética, nunca alcanzará igual entidad que la producida desde el derecho, sin perjuicio que deba ser criterio orientativo para el derecho.

Sin embargo no se puede dejar de apuntar, una coincidencia meta-disciplinar entre el modo de discernir bioéticamente y el hacerlo jurídicamente; y que radica en que a la hora de indagar acerca de los fundamentos teóricos que permitan encontrar el emplazamiento del discernimiento bioético, se converge en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos y que por ser éste, producto del pensamiento jurídico afirmado en su mejor tradición, resulta que la matriz finalista de la bioética es frecuentada *per se*, por los juristas⁴.

De cualquier manera, más allá de la coincidencia en los derechos humanos en orden a los fundamentos de la bioética (GARCIA MANRIQUE, 2009, p. 43ss; ANDORNO, 2006, p. 253), como al carácter trascendente que la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales modernos reconocen en ellos; a ningún lector atento se le puede escapar considerar, que el proceso ponderativo que bioeticistas y jueces efectúan en determinadas circunstancias y realizaciones, no serán equivalentes; sin perjuicio de las coincidencias en orden a la defensa ontológica de los derechos humanos. Por ello, que existan dichas coincidencias, no retira la pregunta inicial acerca de ¿por qué el *impacto* de la bioética en el derecho?

La respuesta parece encontrarse, en que la producción de artefactos tecno-médicos (PARENTE, 2016 p. 36) junto a los incuestionables avances producidos en todas las áreas vinculadas con la salud de las personas y de cuyas cuestiones se ocupa la reflexión bioética, es lo que ha habilitado desarrollos de *comportamientos autorreferentes exteriorizados no transitivos* en la sociedad. Justamente la tecnología médica hoy existente, ha permitido ensamblar la mismidad del hombre desde su corporalidad en proyectos de vida, particularmente referidos a temas sanitarios. Aparece una continuidad entre: autonomía personal, corporalidad y subjetividad.

Huelga destacar y los juristas bien sabemos de esto, que sólo las codificaciones modernas han prestado atención a que ciertas partes del cuerpo humano, separadas de la corporeidad como totalidad, sean materia de interés para el derecho. Inicialmente lo fueron los órganos, en tanto pasibles de ser donados para trasplantes, luego serían las gónadas

4 La Conferencia General de UNESCO, en ocasión de aprobar por aclamación el instrumento fundacional a nivel universal de la bioética, como es la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, en octubre de 2005, señala en la introducción antes del texto propiamente: "... Reconociendo que los problemas éticos suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta no sólo el respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales?".

germinales en tanto disponibles para técnicas de reproducción humana asistida – homóloga o heteróloga – y hoy, se discute si el pre-embrión crio-conservado es cuerpo independiente, cuerpo de alguien o un nuevo cuerpo y de ser ello, si es o no persona.

Pero también hay otra dimensión del cuerpo, no ya como parte separada sino como totalidad y es donde radica el verdadero problema profundo de la reflexión de la bioética y desde donde hace *impacto* en el derecho (BORDES, 2008, p. 121ss). Por caso, si miramos la bioética clínica, interrogaremos, hasta dónde puede el sujeto autónomo disponer de su cuerpo en tanto que ese proceder, importe un *comportamiento autorreferente exterior no afectatorio* ni a bienes ni la vida de terceras personas. Es esa y no otra, la verdadera razón del *impacto* que la reflexión bioética ha generado en el derecho, fruto a su vez del desarrollo tecnológico y ensamblada dicha perspectiva, en el respeto a la autonomía de las personas (HONDERICH, 2008, p. 108).

Aparece claro, que para el derecho el *impacto* producido por la reflexión bioética, en gran medida, es un debate acerca de la autonomía de las personas en cuanto a la realización de *comportamientos autorreferentes exteriores no transitivos*, y ejercitados desde o con, la propia corporalidad.

La autonomía de las personas en función de los progresos de la tecnología médica, se ha expandido a límites insospechados, y si bien hasta no hace mucho tiempo, dicha autonomía era reconocida en tanto que la persona gozaba de una libertad negativa y por lo tanto, podía repeler aquellos actos –de particulares o del estado- que se inmiscuyeran en su mismo pensamiento en tanto *comportamiento autorreferente no transitivo*; hoy, por los desarrollos de la técnica, la autonomía se materializa y ejercita desde la corporalidad como libertad positiva (MILL, 1965, p. 49), y por lo tanto, todo aquello que con el cuerpo el hombre pueda hacer, en tanto que no afecte a bienes y vida ajena, creará que lo puede hacer (ALBERT, 2016, p. 203ss).

Sin ánimo de hacer un capítulo histórico, vale recordar que el paso del autonomismo político al autonomismo médico, implicó deconstruir un pensamiento médico formulado desde la perspectiva en la que el cuerpo, no podía ser la expresión de subjetividad alguna y por lo tanto de autonomía tampoco; y por ello la matriz paternalista fluía con total naturalidad.

Y mientras el autonomismo político –prohijado por el liberalismo del siglo XVII y XVIII- alcanzó su techo pronto, y lo fue cuando garantizó al hombre autónomo su libertad de pensar sin interferencia; el autonomismo médico requirió cerca de setenta años, para mostrar un tránsito que se inicia con el ejercicio del derecho a la privacidad de las

personas y por el cual, se les debe brindar toda la información necesaria para una intervención sobre su cuerpo; hasta el momento actual, donde la autonomía ha desarrollado sin límite, un derecho subjetivo sobre el propio cuerpo, en tanto sea un *acto autorreferente exterior y no transitivo*. Así es que la reflexión bioética sobre la eutanasia, deviene en un derecho subjetivo autónomo no impugnabile (KUNG; JENS, 1997, p. 42 y ss), siendo en cuanto *impacto*, el desafío más evidente que tiene hoy la ciencia jurídica (HERMIDA, 2016, p. 219ss).

Y aquí estamos en la plenitud de la indagación que hace lo tecno-médico al derecho y que se presentará elaborada bajo una reflexión bioética determinada y que procedimentalmente podrá tomar diversos derroteros, así: un enfoque principialista por T.L. Beauchamp y J.F. Childress, el procedimiento casuístico por A. Jonsen, las éticas de la virtud por J. Drane, el método narrativo por D. Burrell o el enfoque clínico por E. Pellegrino. En tales abordajes será ya, el *impacto* de la bioética sobre el mismo derecho.

Nos queda ahora saber, más allá de la coincidencia en los fundamentos que hemos indicado para la reflexión bioética y los sistemas jurídicos occidentales en la teoría del derecho internacional de los derechos humanos; el resultado de las distancias que existen entre el derecho y la bioética en sus prácticas procedimentales, puesto que los dichos para la bioética no son usuales al sistema jurídico decisonal. Los jueces aplican el derecho, interpretando subsuntivamente o motivando ponderativamente (GASCON ABELLAN, 2014, p. 135ss), además el derecho es de naturaleza retrospectiva: pondera casos ya ocurridos; y la reflexión bioética tiene presentidad con el problema.

Entonces, debemos hacer una segunda pregunta, luego de haber descripto cuál y porqué del *impacto* de la bioética en el derecho. El interrogante ahora es: ¿Cómo es o debería ser, el ejercicio deliberativo judicial cuando de tópicos bioéticos se trata?.

4 Delimitación disciplinar del derecho

Quiero comenzar por señalar, que no comparto el neologismo de '*bioderecho*' (JUNQUERA DE ESTEFANI, 2012, p. 21; TERRIBAS i SALA, 2012, p. 217) o '*biojurídica*' – tal como muchos y apreciados juristas utilizan- como si acaso fuera éste, un *tertium genus* entre el derecho y la bioética (JUNQUERA DE ESTEFANI, 2004, p. 119ss; GONZALEZ MORAN, 2006, p. 91). Seguir ese camino, llevará a la confusión disciplinar de ambas nociones; y aunque sea de perogrullo volvemos a marcar: el derecho cuando sentencia: manda y prescribe; la bioética cuando delibera: hace un discernimiento desde donde propone, una realización en concreto.

Con ello, respeto también, las competencias disciplinares que juristas y bioeticistas poseen. Lo cual no significa, promover un compartimento disciplinarmente estanco para el derecho y la bioética. Todo lo contrario, aspiro a que el juez discierna como juez y no como un advenido bioeticista circunstancial; mas deseo que realice dicha tarea, integrando interdisciplinariamente en el razonamiento judicial la reflexión bioética.

Que existan aspectos comunes entre la *reflexión bioética* y la *deliberación judicial*; se explica en función que ambas son especies del razonamiento práctico. Coinciden en ser ambas: prácticas argumentativas respecto al abordaje del problema, pero en modo alguno implica ello, que deba producirse en el juez –puesto que de él quiero hablar– una suerte de *homo artifex in bioeticae*. Si fuera de ese modo, a poco tiempo, se necesitarán tribunales especializados en bioética, como hay en quiebras o accidentes de tránsito.

Naturalmente que la formación interdisciplinar suficiente del juez (ANTOS, 2013, p. 947), le permitirá reconocer la manera en que se ejecuta una deliberación bioética, y con dicho crédito podrá sin duda, hacer un mejor juzgamiento acerca del íter que un experto en bioética pudo efectuar antes que la causa fuera *judicializada*.

Adviértase y esto es significativo; la mayoría de las veces en que los Poderes Judiciales tengan que intervenir en temas bioéticos será *ex post facto* a una decisión tomada en el ámbito clínico, y esto es *judicializar la bioética*. Sólo los aspectos que no han tenido concordancias en el ámbito clínico, son después *judicializados*. Por lo tanto, lo que inicialmente todo buen juez deberá al menos ponderar, es que antes que él intervenga, han habido individuos mejor formados desde lo disciplinar que han construido una masa crítica del *factum* a ser resuelto por él después.

Volviendo sobre la materia bioética que *impacta* en el derecho, repetimos, no son las conductas transitivas producidas por los avances tecno-médicos aunque sean ellas novedosas para el derecho, por caso: maternidad subrogada como se ha ejemplificado, pues no hay allí, corporeidad autorreferente sino una, que tiene transitividad a terceros.

Por el contrario, donde sí existe una completa *autorreferencia de un acto exteriorizado no transitivo*, es por caso, cuando se hace valer una limitación de los esfuerzos terapéuticos cuando se vinculan con la alimentación y/o hidratación parenteral o enteral (REQUENA MEANA, 2017, p. 128ss), cuando se plantea el debate acerca de la eutanasia por fuera de las respetables posiciones religiosas existentes o incluso, la práctica de crioconservación del cuerpo muerto para una futura – hoy todavía imprecisa – capacidad regeneración vital.

Estos son algunos capítulos en donde, el derecho *deberá construir nuevas tesis para dar respuestas*. Los capítulos dichos, son desarrollos de la autonomía puesta en clave de corporalidad y de *comportamientos autorreferentes exteriores no transitivos*. Así dicha, la autonomía se ha definido como “*aquella capacidad del individuo para configurar su vida del modo que crea conveniente atendiendo a sus planes, a su escala de valores y a las circunstancias en que su vida se desarrolle*” (MARCOS DEL CANO, 1999, p. 111)⁵.

Un capítulo especial de un supuesto también biológico pero altamente ideologizado, es el referido al juicio jurídico acerca de la conservación y/o utilización de embriones o pre-embryones criopreservados. También quedarían en esta esfera discutible, en cuanto a si es un comportamiento autorreferentes exterior, transitivo o no, son los desarrollos que se pueden cumplir sobre el hombre mismo a partir de las llamadas tecnologías convergentes, que sabemos, que apuntan a la mejora humana como tal⁶ y aplicada sobre cuatro ámbitos precisos: nanotecnología (Nano), biotecnología (Bio), tecnologías de la información (Info) y neurotecnologías (Cogno), y que se conocen como: NBIC. Por caso basta pensar en los procesos a corto plazo de hibridación entre lo orgánico y lo pos-orgánico que el mismo cuerpo humano puede recepcionar y que *prima facie*, podrán ser puestos solo como una mejora personal, pero que en realidad son algo más que ello (ANDRUET, 2014, p. 45ss).

Hemos señalado que estos ejemplos implican un capítulo especial, porque no queda del todo claro, si realmente estos eventos –criopreservación de embriones y ejecución de tecnologías de convergencia– son completamente transitivos y no afectatorios a terceros.

Mas de los anteriores y focalizando en el de la eutanasia, sin duda que creemos que tienen la condición de no afectación claramente desde

5 También hemos dicho, que existen comportamientos igualmente autónomos de la corporalidad pero que no es claro, si son efectivamente sostenibles como autorreferentes exteriores no transitivos, aunque puedan parecerlo. Por caso, el consumidor de estupefacientes, bien puede decir que en su comportamiento adictivo no daña a nadie, salvo a él mismo; sin embargo, en la proyección alguien con buen criterio dirá, que también hay un daño social y por ello a terceros, en tanto y cuanto, dicha persona por su adicción si comete un delito o requiere de una hospitalización, ya existen los terceros que se han visto alcanzados por el mismo.

6 Las tecnologías convergentes aparece como resultado de que “tecnologías que hasta hace poco tiempo actuaban de manera eminentemente independiente están interrelacionando gracias a la progresiva mejora de sus habilidades, en una sinergia que ha desbordado muchas de nuestras expectativas, de manera que somos capaces de obtener logros que en otros tiempos parecían fuera de nuestro alcance. Surgen así disciplinas que se encuentran en un cruce de caminos entre la bioingeniería o la informática, como la biología sintética; u otras que se mezclan la robótica con las tecnologías de la comunicación y la biotecnología, como la biónica” (ROMEO CASABONA, 2016, pág. ix).

lo jurídico y por ello, su discusión actual por los sistemas de derecho, en realidad tienen un solo andamiaje de naturaleza moral; y ello tal como sabemos, tampoco es una materia despreciable para el derecho. Por todo ello, es que cuesta tanto su reflexión y proposición posterior vuelta en norma jurídica, sin embargo, a la solitaria ley holandesa, le siguió la de Bélgica, Colombia que la admite por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por este último tiempo la admisión en algunos estados de Canadá.

5 Criterios de discernimiento de juricidad bioética

Corresponde por último destacar, que si el derecho y la bioética comparten el género de ser razonamientos prácticos, además de reposar en un fundamento común como es, la tradición del derecho internacional de los derechos humanos y centralizando su mirada en la dignidad humana (BIERI, 2017, p. 335 y ss); con lo cual, se le ha dotado a la construcción teórica de la bioética de una sistematicidad que se aprecia en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de UNESCO del 2005, en cuanto ha incorporado la bioética cuatro notas centrales para comprender su relación con el derecho, así: universalidad, unidad, completitud y discursividad.

Sin embargo, ya hemos dicho, que el *impacto* de la bioética en el derecho, es por la *naturaleza autorreferencial exterior no transitiva* de las conductas que ahora ingresan al ámbito de lo jurídico; pues ello importa para los jueces, tener que reconstruir nada menos que el núcleo fundacional de todo el edificio jurídico como es, el concepto de derecho.

Digo ello, porque acaso, para estos supuestos, devendrá el concepto de derecho como una categoría dinámica y en permanente transformación. El derecho dejará de ser estático y previsible en todas las circunstancias, sino que ganará un terreno de movilidad, será de naturaleza mutante (ZAGREBELSKY, 1995, p. 17) y es el juez, quien ejercitando una práctica argumentativa impregnada de enunciados morales junto a los jurídicos (ATIENZA, 2017, p. 95ss) quien podrá, al reparo y respeto de la dignidad humana y los derechos humanos, proponer una respuesta que difícilmente pueda ser trasladable como precedente a otros casos; porque en estos supuestos, los casos: son '*el propio caso*'.

El derecho aquí, advertirá que la bioética le habrá inculcado una manera de razonar impropia, puesto que serán los casos individuales desde donde se inicie el razonamiento y no desde la regla general. Tampoco el resultado, será una regla prescriptiva o del precedente para otros supuestos,

sino sólo que valdrá como la mejor ponderación a la que se ha podido llegar en esa ocasión.

Así entonces, cuando decimos '*juridización*' de la bioética, nos referimos a la utilización de instituciones jurídicas que sirven de continente explicativo adecuado de una cierta materia propia de la bioética –por caso, detrás de un trasplante de órganos, existe un acto jurídico no oneroso no revocable ejercido por un donante- se trata, la '*juridización*' de un desarrollo teórico corrientemente legislativo, luego utilizado de esa manera en los tribunales.

Cuestión diferente es la '*judicialización*'. Esto es, la pretensión de una respuesta judicial concreta a una cuestión que deviene propia y convergente al entorno bioético –por caso, la suspensión de la alimentación parenteral a un paciente terminal-.

Tal como se puede advertir entonces, el verdadero desafío de la judicatura no estará en la '*juridización*', sino en la '*judicialización*' de la bioética y para lo cual, deberá saber efectuar el juez, una composición reflexiva de normas, principios y valores (DWORKIN, 1993, p. 72)⁷ y establecer una suerte de *conexión de tipo metodológica* –no meramente material- entre el derecho y la bioética (ATIENZA, 2004, p. 54). Esto es, ejercitar una motivación suficiente desde los enunciados normativos y también morales, que permitan discernir criterios razonables, reflexivos y ponderativos suficientes⁸; los que previsiblemente, dotarán del instrumental necesario para la manipulación intelectual del derecho dúctil al que la bioética ha empujado, y que encontrará su anclaje final en la construcción que de la idea de dignidad del hombre se puede formular.

La dignidad por ello, es que viene a cumplir funciones en la bioética teórica de proporcionar criterios de interpretación, integración, dirección y limitación de las acciones que la bioética fácticamente puede intentar poner en acción (DE GONZALEZ PERES, 1986, p. 87ss), acorde al modelo procedimental al que ideológicamente se preste adhesión.

Así las cosas, y como registro ontológico se pueda apuntar que la dignidad en el ámbito de la bioética en un estado de derecho constitucional y en donde ella, en algunas constituciones modernas de América Latina y el Caribe está expresamente reconocida en el texto constitucional⁹, pues parecería indicar, que cualquier argumentación

7 Nos colocamos en una posición de máximo aprovechamiento de insumos que el juez habrá de poder utilizar para el dictado de su resolución, puesto que, sólo con dicho amplio universo podrá profundizar sobre un modelo cada vez más transdisciplinar del derecho.

8 Por ello, su matriz procedimental y lógica continuará siendo la que corresponde a la sempiterna realización del razonamiento práctico prudencial judicial.

9 Por caso lo que sucede con la Constitución de República Dominicana del año 2010,

jurídica que se formule ante una supuesta *judicialización* bioética y que por lo tanto, bien podrían nombrarse como *argumentación bioética*¹⁰, deberá reconocer ciertos *criterios de juridicidad bioética*, que si bien no se agotan en los por decir, son ellos sobre los cuales se habrán de construir dinámicamente otros nuevos, así: 1) Que existe una dignidad, por la misma capacidad de ser autónomo que tiene el sujeto moral; 2) La capacidad de autonomía de los hombres para la bioética es variable y por ello, no es una cualidad absoluta sino que, se puede poseer en grados diferentes; 3) La dignidad es poseída por todos los hombres en forma actual y también hay una apreciación potencial en cuanto que, se relaciona con el comportamiento digno -o no- que se tiene para con los otros hombres.

6 A modo conclusivo

Hemos alcanzado una primera consideración que vale la pena en ser señalada. La bioética genera impacto en el sistema jurídico, en razón de los avances tecno-científicos que sobre la corporeidad biológica promueve; dichos progresos habilitan una nueva categoría de acción registrable jurídicamente y que se corresponde con los actos de *naturaleza autorreferencial exterior no transitiva*.

El impacto más severo y complejo que se habrá de producir a la luz del desarrollo que hemos brindado, estará focalizado en la respuesta que el sistema jurídico deberá dar a la cuestión de la eutanasia.

Difícilmente exista un ámbito social que antes o después, no reclame la admisión de una legislación que autorice bajo determinadas condiciones la mencionada práctica, y ella hoy, es posible de ser conjugada de una manera jurídicamente hablando, muy diferente a la que se podía conformar tiempo atrás.

Sin embargo cabe destacar, que el hecho de que el impacto exista y que la matriz del sistema jurídico normativo no la pueda

que en su art. 38 indica: “Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencia de los poderes públicos”.

10 Manuel Atienza se ha encargado de señalar algunos errores que suelen advertirse cuando este tipo de argumentación es cumplida y que ahora, abreviadamente reproducimos: 1) No diferenciar la moral social de la moral crítica, 2) Que las conceptualizaciones éticas de las personas, puede que no sean sólo resultado de dicha subjetividad, 3) Identificar el derecho con la moral, 4) Suponer que lo posible técnicamente es lo que debe hacerse, 4) Ideologizar el discurso ético racional, 5) Confundir la ética con la religión, 6) Confundir las cuestiones fácticas con las normativas, 7) Desconocer que los principios morales tienen un carácter *prima facie* (ATTIENZA, 2004, p. 30/31).

soslayar; como es natural, no sustrae la discusión que sobre el mismo tema, en clave religiosa o moral se pueda realizar y por lo tanto, puede acontecer desde cualquiera de ellos, la existencia de otras razones que impongan que se deba sustraer el mencionado efecto consecuencial del nombrado impacto de la bioética en el derecho.

Referencias

ALBERT, Marta. Privacidad y derecho a morir. In: SANTOS, José *et al.* (Eds.) *Bioética y nuevos derechos*. Granada: Comares, 2016.

ANDORNO, Roberto. La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal. En GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.) *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Granada: Comares, 2006.

ANDRUET, Armando. Pensando el derecho desde la complejidad: Desafíos a los juristas. En TRIGO REPRESAS, Félix. BENAVENTE, María. (dir). *Reparación de daños a la persona*. Bs.As.: La Ley, 2014.

ANTOS, Valeria. Experiencias de capacitación judicial en el mundo. En VIGO, Rodolfo. y GATTINONI de MUJIA, María. (dir.). *Tratado de Derecho Judicial*. Bs.As.: Abelardo Perrot, T.I, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Bioética, derecho y argumentación*. Bogotá: Temis, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Filosofía del derecho y Transformación social*. Madrid: Trotta, 2017.

BARTRA, Roger. *Cerebro y libertad*. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo. México: F.C.E., 2013.

BIERI, Peter. *La dignidad humana*. Una manera de vivir. Barcelona: Herder, 2017.

BORDES, Mariana. Repensando la construcción del cuerpo en la biomedicina. Aspectos científicos de una práctica social, aspectos sociales de una práctica científica. En KRMPOTIC, Claudia (compil.) *Cuidados, Terapias y Creencias en la Atención de la Salud*. Bs.As.: Espacio, 2008.

BROEKMAN, Jan. *Bioética con rasgos jurídicos*. Madrid: Dilex, 1998.

CHIAPERO, Silvana. *Maternidad subrogada*. Bs.As.: Astrea, 2012.

COROMINAS, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Gredos, 1998.

- CORTINA, Adela. *Neuroética y neuropolítica* – Sugerencias para la educación moral. Madrid: Tecnos, 2012.
- DE GONZALEZ PERES, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1993.
- ENGISCH, Karl. *El ámbito de lo no jurídico*. Córdoba: U.N.C., 1960.
- EVERS, KATHINKA. *Neuroética* – Cuando la materia se despierta. Bs.As.: Katz, 2010.
- FEITO GRANDE, Lydia. *Estudios de bioética*. Madrid: Dykinson, 1997.
- FETSCHER, Iring. *La tolerancia*. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia. Barcelona: Gedisa, 1994.
- FOUCAULT, Michael. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Barcelona: Paidós, 1991.
- GARCIA MANRIQUE, Ricardo. Dignidad humana y derechos humanos. En CASADO, María. *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GODOY, Olaya. Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina. En SANTOS, José, ALBERT, Marta et al. (eds.) *Bioética y nuevos derechos*. Granada: Comares, 2016.
- GONZALEZ MORAN, Luis. *De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson, 2006.
- GRACIA, Diego. *Como arqueros al blanco*. Estudios de bioética. Madrid: Triacastela, 2004.
- HERMIDA Cristina. Vida privada y eutanasia: El caso Koch contra Alemania. En SANTOS, José, ALBERT, Marta et al. (eds.) *Bioética y nuevos derechos*. Granada: Comares, 2016.
- HONDERICH, Ted (ed.). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid: Tecnos, 2008.
- HOOFT, Pedro. *Bioética, Derecho y Ciudadanía*. Casos bioéticos en la jurisprudencia. Bogotá: Temis, 2005.

HOTTOIS, Gilbert. *Dignidad y diversidad humanas*. Bogotá: Universidad del Bosque, 2013.

JOLIVET, Regis. *Tratado de filosofía. Psicología*. Bs.As.: Carlos Lohlé, T.IV, 1956.

JONAS, Hans. *Il diritto di morire*. Genova: Il melangolo, 1991.

JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael. Derecho, bioética y bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: El derecho a ser informado en la asistencia médica. En JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael y DE LA TORRE DIAZ, Javier (eds.) *Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*. Madrid: Dykinson, 2012.

JUNQUERA de ESTEFANI, Rafael. El derecho y la bioética. En Marcos del Cano, Ana (coord.) *Bioética, Filosofía y Derecho*. Revista Aldaba, n. 32 (2004), p. 119/126.

KEMP, Peter. (2009) *La reciprocidad entre bioética y bioderecho*. En GONZALEZ, Juliana (coord.) *Filosofía y ciencias de la vida*. México: F.C.E., 2009.

KUNG, Hans y JENS, Walter. *Morir con dignidad*. Un alegato a favor de la responsabilidad. Madrid: Trotta, 1997.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

LEVY, Neil. *Neuroética*. Retos para el siglo XXI. Madrid: Avarigani, 2014.

MARCOS del CANO, Ana. *La eutanasia*: Estudio filosófico-jurídico. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MILL, Stuart. *Libertad, gobierno representativo, esclavitud femenina*. Madrid: Tecnos, 1965.

NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Bs.As.: Astrea, 1989.

PARENTE, Diego. *Artefactos, cuerpo y ambiente. Exploraciones sobre la filosofía de la técnica*. Bs.As.: La Bola, 2016.

POSE, Carlos. *Lo bueno y lo mejor*. Introducción a la bioética médica. Madrid: Triacastela, 2009.

REQUENA MEANA, Pablo. *¡Doctor, no haga todo lo posible! De la limitación a la prudencia terapéutica*. Granada: Comares, 2017.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

ROMEO CASABONA, Carlos (ed). *Tecnologías convergentes: desafíos éticos y jurídicos*. Granada: Comares, 2016.

ROSE, Nikolas. *Políticas de la vida*. Biomedicina, poder y subjetividad en el siglo XXI, Bs.As.: Unipe, 2012.

RUBIO CARRACEDO, José. *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Madrid: Trotta, 2007.

TERRIBAS i SALA, Núria. Bioética y derecho. En FEITO GRANDE, Lydia y MORATALLA, Tomás (eds.). *Investigación en Bioética*. Madrid: Dykinson, 2012.

TOULMIN, Stephen. La razón práctica y las artes clínicas. En: *Regreso a la razón*. Barcelona: Península, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta 1995.