

2º ENCONTRO CIENTÍFICO DE ALUNOS E EGRESSOS



 **PPGCJ**

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências
Jurídicas - Nível Doutorado e Mestrado - Unicesumar

GT 1 – HERMENÊUTICA E FILOSOFIA, DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Coordenadores

Prof. Dr. Marcus Geandré Nakano Ramiro.

Profa. Dra. Cleide A. Gomes R. Fermentão.

Doutoranda Sabrina Medina Andreoli de Oliveira.

Mestranda Débora Morgana Cassiano.

SUMÁRIO:

ARTIGOS;.....

A COISA JULGADA NA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR
.....4

INQUIETAÇÕES ACERCA DA FELICIDADE E SUA EFETIVAÇÃO NO
DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, ALICERÇADA EM UMA
JUSTIÇA MORAL.....22

O DANO MORAL COLETIVO NAS INDENIZAÇÕES POR FAKE NEWS.
.....35

RESUMOS EXPANDIDOS;.....

RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: MECANISMO UTILIZADO
CONTRA O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA HUMANA EM SUA
DIGNIDADE OU MEIO DE PROTEÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO?.....48

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA CONEXÃO COM O PRINCÍPIO
DEMOCRÁTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL53

OPORTUNIDADES E LIMITAÇÕES ABARCADAS PELO REGIME
DEMOCRÁTICO59

REFLEXOS DA PÓS-MODERNIDADE NA PROTEÇÃO DO DIREITO À
INTEGRIDADE PSÍQUICA.....64

A “VIDA NUA”: A DESCONSTRUÇÃO DA CONDIÇÃO HUMANA PELO
CAPITALISMO71

DO ABANDONO SEXUAL COMO UMA QUEBRA DOS DEVERES
PARENTAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL.....76

POLIAMOR COMO ENTIDADE JURÍDICA: A FAMÍLIA BASEADA NO
AFETO81

A VULNERABILIDADE DOS BENEFICIÁRIOS DIANTE DO DANO MORAL
PREVIDENCIÁRIO.....86

A COISA JULGADA NA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Edson Jacobucci Rueda Junior¹, José Sebastião de Oliveira²

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR.
edsonruedajr@gmail.com

² Doutor, Orientador, Docente do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR.
drjso1945@gmail.com

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo analisar os institutos da coisa julgada e do restabelecimento do poder familiar, sob a ótica dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, Segurança Jurídica e Melhor Interesse da Criança. Através do método hipotético-dedutivo, com pesquisa na doutrina e na jurisprudência, verificar-se-á a possibilidade de relativizar a coisa julgada no caso da destituição do poder familiar e se o restabelecimento é um exemplo de relativização.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; segurança jurídica; melhor interesse; destituição; restabelecimento do poder familiar.

1 INTRODUÇÃO

No estudo do direito processual civil, predominava, até recentemente, o paradigma de estudar o processo de forma isolada e estanque, sem relacioná-lo com os demais ramos do Direito e sobretudo com a Constituição Federal.

Nesse contexto, havia excessiva valorização das regras positivadas, fossem elas procedimentais ou de direito material, inclusive com sobreposição às normas constitucionais.

O equívoco veio a ser corrigido com a evolução do direito, da sociedade e mormente com a edição da atual Constituição Federal. Também serviu de importante subsídio para essa evolução o conceito de hierarquia normativa, cuja ideia principal é que as normas jurídicas inferiores – como as normas de procedimento – retiram seu fundamento de validades das normas superiores – a Constituição, no caso em estudo.

Com a coisa julgada não foi diferente: de fato, não há como estudar a temática sem relacioná-la com a Constituição Federal. Aliás, a coisa julgada encontra seu fundamento principal em diversas normas e princípios constitucionais, mormente nos princípios do Estado Democrático de Direito e da Segurança Jurídica.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, é essencial que as decisões emanadas do Poder Judiciário, além da presunção de legitimidade, gozem de segurança, estabilidade e previsibilidade, a fim de gerar confiança nas pessoas.

Sem tais características, não há ordem jurídica e, indo além, sequer há Estado de Direito. Se os pronunciamentos judiciais não gozarem de estabilidade e confiabilidade, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sobremaneira prejudicada, já que qualquer planejamento ficaria sujeito às recorrentes intervenções do Estado-Juiz.

Não obstante, como característico de todo e qualquer direito fundamental, a coisa julgada, ao menos para parte da doutrina, admite certa relativização, quando confrontada com outro direito, também fundamental. De fato, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, reconhece-se, em tese, a possibilidade de relativizar a coisa julgada, em prol de valores superiores.

No caso da ação de destituição do poder familiar, questiona-se se a sentença de procedência, após o trânsito em julgado, é passível de relativização, ou, como sugere a doutrina e a jurisprudência, de revisão, a fim de restabelecer o poder familiar.

Nesse cenário, o presente trabalho tem por objeto o estudo acerca da coisa julgada, sobretudo na ação de destituição do poder familiar, e sua correlação com o princípio do melhor interesse da criança, sob a perspectiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para tal desiderato, foram buscadas obras jurídicas relevantes sobre o tema, com ênfase nas temáticas de direito de personalidade, bem como analisado o posicionamento dos Tribunais Pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (STF), e o tratamento dispensado pelo legislador constitucional e ordinário. Portanto, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

2 COISA JULGADA

Em seu clássico livro *Contrato Social*, Jean Jaques Rousseau (1978) assinala que o homem, por natureza, nasceu livre, contudo, diante de alguns obstáculos prejudiciais a sua conservação, alguns deles intransponíveis, renunciou a essa liberdade, ao menos em parte, e, objetivando preservar sua própria existência, passa a se associar aos seus semelhantes.

Segundo o autor, o único meio para preservar a sua liberdade e, ao mesmo tempo, garantir sua segurança, é por meio de um pacto, chamada por ele de *contrato social*, no qual deveria prevalecer a soberania política da vontade coletiva.

Este contrato social, por sua vez, acaba sendo o fundamento para a existência de uma sociedade e, por conseguinte, do próprio Estado.

Uma vez criado, o Estado, enquanto representante da soberania política da vontade coletiva, recebe a incumbência de resolver os conflitos de interesses entre seus súditos, através de sua função jurisdicional. Afasta-se, nesse caso, a *auto-defesa*, a *justiça privada* ou a *justiça pelas próprias mãos*, ideias incompatíveis com o Estado Soberano.

No Estado de Direito, essa atribuição, como corolário do princípio da separação dos poderes, é declinada para o Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, exercendo, com exclusividade, a atribuição de aplicar o direito ao caso concreto, a fim de solucionar a lide.

Não basta, porém, que o Estado resolva a lide, aplicando a norma abstrata ao caso concreto; é necessário que o pronunciamento judicial seja estável e sobretudo imutável.

Centrado nessa ideia de estabilidade, o Direito Romano, cujas ideias irradiam até hoje sobre o nosso ordenamento jurídico, acabou criando a *res judicata*, expressão que, na tradução livre, significa coisa julgada.

Chiovenda (2002, p. 447), ao analisar o cenário romano, preleciona que

Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessária imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur (fr. 6, Dig. De except. Rei iud. 44,2). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas (n.º 32). Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminate na emanção de um ato de vontade (a pronuntiatio iudicis) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens.

Dentro do nosso ordenamento, a coisa julgada já é reconhecida desde o Código de Processo Civil de 1939 (artigo 287), permanecendo no CPC de 1973 (artigo 467) e no atual *codex* de 2015. Além disso, na seara constitucional, o instituto da coisa julgada é previsto pelo Constituinte desde 1937, tendo, desde então, permanecido no texto constitucional, inclusive como direito fundamental.

O conceito legal do instituto é trazido tanto pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), no seu artigo 6, §6º¹, como pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 502².

¹ Artigo 6º, §3º, LINDB: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

² Artigo 502 do CPC: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Em comum, extrai-se desses dispositivos legais, que a coisa julgada traz ínsita a ideia de irrecorribilidade, seja por exaurimento da via recursal, seja pelo decurso do prazo para interpor a impugnação (preclusão temporal). Em ambos os casos, as partes litigantes não têm mais à disposição qualquer meio de impugnação recursal em face da decisão judicial.

O novo Código de Processual Cível, indo um pouco além da LINDB, traz um *quid* ao conceito: a coisa julgada, além de trazer consigo a ideia de irrecorribilidade, é a *autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito*.

Para o CPC, portanto, não basta que a decisão seja irrecorrível para que ocorra a coisa julgada, sendo necessário que, sobre a decisão judicial de mérito, incida a imutabilidade e a indiscutibilidade.

Disso resulta que a coisa julgada, na atual concepção da lei adjetiva, espraia seus efeitos não somente no processo em que foi proferida a decisão (efeito endoprocessual), mas sobretudo em processos vindouros (efeito extraprocessual), vedada a possibilidade de rediscussão da questão de mérito em outros processos, ainda que sob outra roupagem.

Aliás, ao contrário do que CPC de 1973, a atual lei adjetiva, pela primeira vez, utiliza o termo *coisa julgada material*, não deixando dúvidas acerca da opção do legislador de reconhecer a coisa julgada como o fenômeno que impossibilita a rediscussão da questão de mérito não somente no processo em que foi formado, como também nas lides futuras.

A despeito de não ser objeto deste artigo o estudo das teorias sobre a natureza jurídica da coisa julgada, oportuno salientar que o legislador pátrio, avançando na temática, adotou a teoria conceitual de Liebman (1981), processualista italiano que residiu no Brasil em décadas passadas e disseminou seus estudos nas terras tupiniquins.

Com efeito, para Liebman (1981), a coisa julgada, que não se confunde com os efeitos da sentença, é a qualidade que recai sobre o conteúdo da decisão judicial de mérito, tornando-a imutável e indiscutível. Em sua clássica obra *Eficácia e autoridade da sentença*, Liebman (1981, p. 6) preconiza que “*a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferenças categorias das sentenças*”.

Na doutrina pátria, prevalece a ideia de Liebman, no sentido que coisa julgada é, de fato, uma qualidade que incide sobre os efeitos da decisão judicial. A propósito, Marinoni (2005, p. 611) preconiza que “a coisa julgada é a imutabilidade que qualifica a sentença de mérito não mais sujeita a recurso e que impede sua discussão posterior”.

Indo adiante, cumpre asseverar, desde já, que não é qualquer pronunciado apto a gerar a qualidade de coisa julgada.

Isso porque, no atual sistema jurídico brasileiro, apenas a sentença, em sentido *lato*, compreendendo tanto a sentença em sentido estrito,

quanto o Acórdão e a decisão monocrática de mérito, é, por natureza, o ato judicial apto a gerar a coisa julgada, conforme se extrai do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13105, de 16 mar. 2015).

Vale dizer, não há previsão no nosso ordenamento jurídico de o despacho ou a decisão interlocutória – outros pronunciamentos judiciais – produzir coisa julgada, incidindo nesses atos, quando muito, a chamada preclusão, cujo conceito, que será posteriormente objeto de análise, não se confunde com a *res judicata*. A única exceção é no caso do julgamento antecipado parcial do mérito (NCPC, art. 356), hipótese em que a uma decisão interlocutória, com todas as características de uma sentença, acaba produzindo a coisa julgada material.

Sentença, de acordo com o atual código adjetivo, em seu artigo 203, par. 1º, “(...) é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Dito isso, cumpre asseverar que, consoante dicção do artigo 489 da lei adjetiva, a sentença possui três elementos essenciais: (i) relatório; (ii) fundamentos e, (iii) dispositivo.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, são uníssonas ao afirmarem que, dentre esses elementos, apenas o dispositivo, aqui entendido em sentido material e não meramente formalístico, abrangendo, assim, não só a fase final da sentença, mas sim qualquer outro ponto em que o juiz tenha provido sobre a pretensão e a resistência, faz coisa julgada.

Com efeito, nem mesmo os fundamentos fático-jurídicos, utilizados pelo Juiz para decidir a lide, fazem coisa julgada, de modo que, tanto as partes, quanto o julgador, podem reanalisá-los em outra ação, sem que incida a pecha de imutabilidade.

Delineado o conceito do instituto, cumpre analisar, pormenorizadamente, os limites da coisa julgada, sobretudo os limites subjetivos e objetivos.

Quanto aos limites objetivos, a coisa julgada, como regra, atinge unicamente o dispositivo da sentença. Nesse ponto, impende reiterar que a parte dispositiva, conforme ensino de Liebman (1981, p.52/53), deve ser entendida em sentido substancial, abrangendo não só a parte final da sentença, mas sim qualquer outro ponto em que o juiz tenha decidido sobre o pedido.

Salienta-se que é no dispositivo que o Juiz analisará o mérito da causa, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor (decisão de mérito), conforme prevê o artigo 490 da nova lei adjetiva³.

³ Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

O novo Código de Processo Civil, ao passo que manteve a ideia de que o dispositivo faz coisa julgada, inovou ao prescrever, no art. 503, § 1^o, que a questão prejudicial, em determinados casos e desde que preenchidos os requisitos legais, também pode fazer coisa julgada, somando-se, assim, ao julgamento do mérito da causa.

Vê-se, desse modo, que a nova lei estendeu a coisa julgada à questão prejudicial, exigindo, nesse caso, que (I) haja relação de dependência entre a questão principal e a prejudicial, (II) efetivo e prévio contraditório (excluído, assim, o caso de revelia) e observado o requisito da competência do juiz para conhecer da matéria como questão principal.

Registra-se que questões prejudiciais são todos aqueles pontos controvertidos, que, embora não digam respeito ao mérito da causa, constituem antecedentes lógicos da decisão final e cuja decisão repercute no mérito da causa. Santos (2003, p. 69) assinala com propriedade que, “num sentido restrito, mais técnico, questões prejudiciais são aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnem condições suficientes para ser objeto de ação autônomo”. É o caso, por exemplo, da discussão acerca da paternidade em uma ação de alimentos: embora não diga respeito ao mérito da causa propriamente dita, sua controvérsia exige decisão antecedente do Juiz.

No que tange aos demais elementos essenciais da sentença – relatório e fundamentação –, o ordenamento jurídico brasileiro preconiza que ambos não fazem coisa julgada.

Quanto ao relatório, embora se trate de elemento essencial da sentença, cuja ausência causa nulidade do ato, não há dúvida de que, sobre ele, não incide a coisa julgada, já que ausente qualquer conteúdo decisório. Trata-se, na verdade, de mera exposição dos (I) fatos, (II) das razões jurídicas e dos (III) principais atos praticados no decorrer do feito.

Já em relação à fundamentação, o atual CPC, seguindo a linha do código de 1973 (artigo 469), estipula que, em regra, não incide a coisa julgada sobre a motivação. Veja-se, a propósito, a redação do artigo 504 do atual Código processual: “Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

⁴Art. 503. (...) § 1^o O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2^o A hipótese do § 1^o não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Rememora-se, novamente, a lição de Liebman (1981, p. 55), para quem “só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”.

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, na ação direta de inconstitucionalidade, não apenas o dispositivo da decisão produz efeitos vinculantes, mas também a *ratio decidendi*, ou seja, as razões determinantes da decisão (STF, Rcl 2363/PA, Pleno, j. 23.10.2003, rel. Min. Gilmar Mendes).

Contudo, ao que se percebe dos últimos julgamentos, a Corte Suprema vem repelindo esse entendimento, afastando a possibilidade de a fundamentação gerar coisa julgada. Nessa linha, em decisão publicada no Informativo 887, constou expressamente que “o STF não admite a ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’” (STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017 – Info 887).

Impende assinalar, outrossim, que o novo código processual abandonou a ideia de coisa julgada formal, reconhecendo como coisa julgada somente a imutabilidade que recai sobre a *decisão de mérito* e que impede a rediscussão do tema em outros processos (extraprocessual).

No tocante aos limites subjetivos, preconiza o artigo 506 do CPC que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. A regra, portanto, é que a autoridade da coisa julgada somente atinge as partes da relação jurídica processual (*inter partes*). Partes, nesse particular, deve ser entendido não somente como o autor ou o réu, mas também os terceiros intervenientes, o substituído processual, o sucessor a título universal e, em certos, o sucessor a título singular. Nesse diapasão, Dinamarco (2002, p. 316) assinala que “(...) a imutabilidade dos efeitos da sentença vincula somente os sujeitos que figuram no processo e aos quais se dirigiu aquela”, pelo que, o terceiro, que não participou da relação jurídica processual, não é atingido pela autoridade da coisa julgada.

Observa-se que o CPC de 1973, em seu artigo 472, trazia uma suposta exceção à regra, ao mencionar que “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. Da leitura mais acurado da norma, contudo, denota-se que não se trata de uma exceção, pois, a coisa julgada somente atingiria o terceiro se ele participasse da relação jurídica processual, como ocorre em todos demais casos. De toda a sorte, para evitar interpretações equivocadas, o atual legislador suprimiu do texto legal a referida norma, não havendo, portanto, correspondente do artigo 472 no atual CPC. Assim, nas ações de estado, a sentença só faz coisa julgada em relação às partes, muito embora os efeitos da sentença possam ser sentidos por terceiros, que não participaram da relação jurídica.

Nesse quadrante, é oportuno diferenciar a autoridade da coisa julgada, circunscrito, como visto, às partes, dos efeitos – ou eficácia – da sentença, pois, embora imune à coisa julgada, o terceiro, que não participou do processo, pode sentir, ainda que indiretamente, as consequências do pronunciamento judicial.

Com efeito, por se tratar de um ato eminentemente estatal, a sentença gera efeitos naturais *erga omnes* no mundo jurídico, alcançando não somente as partes, mas também terceiros, que mantêm ou não relacionamento com as partes. É o caso, por exemplo, da ação de despejo: embora somente as partes estejam sob a influência da coisa julgada, o pronunciamento judicial atinge, ainda, que indiretamente, terceiros, como amigos ou familiares do despejado. Igual circunstância ocorre na ação de divórcio: o novo estado civil, decorrente da procedência do pedido, é reconhecido não apenas por quem foi parte, mas por todos.

A diferença, na hipótese, é que a autoridade da coisa julgada, ou seja, a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial, atinge unicamente as partes, enquanto a eficácia, decorrente da imperatividade do ato estatal, atinge a todos, inclusive terceiros desinteressados.

Foi essa dissimilitude, aliás, que levou Liebman a superar o conceito de coisa julgada como eficácia da sentença, passando a tratar o instituto como uma qualidade especial dos efeitos da sentença, que a torna imutável.

E, como visto, o nosso atual CPC adotou esse entendimento, não havendo, pois, dúvida, sobre a assertiva, ao menos sob o espectro normativo.

3 O PODER FAMILIAR E SUA DESTITUIÇÃO

A expressão “poder familiar” é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, porquanto incluída somente a partir 2002, com a entrada em vigência do atual Código Civil.

Utilizava-se, até então, a expressão “pátrio poder”, termo que remonta ao Direito Romano – *pater potestas* –, e que significava, conforme assevera Maria Berenice Dias (2007, p. 376), “(...) direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoas dos filhos”.

Na sua concepção inicial, o pátrio poder, como se infere da própria expressão, era exercido exclusivamente pelo marido e pai, com exclusão da mãe. Somente na ausência do genitor, a chefia da sociedade familiar e,

por conseguinte, o pátrio poder, era transferido à mulher, conforme preceituava o artigo 380 do Código Civil de 1916⁵.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62) alterou a redação do supracitado artigo 380 do CC/1916 e assegurou o pátrio poder a ambos os pais, contudo, com exercício primário pelo marido, com a colaboração da esposa, de modo que, na prática prevalecia a vontade do pai, ressalvado à genitora socorrer-se à justiça.

Conquanto o termo tenha sido abandonado apenas em 2002, já a partir de 1988, com a vigência da atual Constituição Federal, a mulher passou a titularizar o poder familiar, em condições de igualdade com o homem, em razão do tratamento igualitário dispensado pelo constituinte, nos artigos 5º, I e 226, §5º da Carta Magna.

Reflexo desse novo olhar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, inovou ao estabelecer que o “pátrio poder” deve ser exercido em condições de igualdade pela mãe e pai, abandonando e derogando, pois, a odiosa discriminação do Código Civil de 1916.

Vale dizer, já a partir de 1990 – ano do advento do ECA -, o poder familiar, ainda que sob o nome de “pátrio poder”, passou a ser exercido por ambos os genitores, sem qualquer prevalência da posição paterna, sendo que, havendo divergência entre eles, caberá ao Poder Judiciário, através do Juiz da Infância e Juventude, ou quem lhe faça as vezes, dirimir a controvérsia.

Não obstante a evidente evolução que o tema perpassou nos últimos anos, parte da doutrina – com destaque a Silvio Rodrigues, Paulo Luiz Netto Lobo, Maria Berenice Dias, entre outros – comunga do entendimento de que a expressão “poder familiar” ainda não representa perfeitamente o instituto.

Em importante subsídio, Dias (2007, p. 377) assinala que

Ainda que a expressão poder familiar tenha buscado atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Critica Silvio Rodrigues: pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função familiar ou dever familiar.

De fato, analisando detidamente o tema, percebe-se que, mais do que um poder, o instituto representa um dever ou encargo imposto aos

⁵ A redação original do artigo 380 Código Civil de 1916 estipulava que, “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

genitores pela lei, de proteger – princípio da proteção integral de crianças e adolescentes – e atender ao interesse do filho – princípio do melhor interesse.

Daí porque Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 269), perfilhado por Maria Berenice Dias, utiliza a expressão “autoridade parental”, afirmando que a

[...] autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de *múnus*, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. 'Parental' destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. [...].

Referida expressão melhor se coaduna com a nova visão sobre a matéria, voltada ao interesse do filho e sua real proteção por parte dos detentores do poder familiar, da Sociedade e do Estado.

Dito isso, pode-se conceituar o poder familiar – ou a autoridade parental - como um complexo de direitos e deveres outorgados aos pais, no que tange ao filho e seus bens. É, ainda, um *múnus* ou um encargo atribuído aos pais pelo Estado, que, em razão da vulnerabilidade da criança e adolescente, exerce permanente fiscalização.

Engloba, além da proteção, o dever de criar, educar, respeitar, ensinar, promover lazer, convívio familiar, entre outros deveres, previstos no artigo 1634 do atual Código Civil.

Claudete Carvalho Canezin (2005, p. 181) preconiza que o poder familiar, desse modo, “engloba todos os direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, o que implica o cuidado dos progenitores o dever de cria-los (os filhos), bem como alimentá-los e educá-los corretamente”

Por sua vez, Gonzalo Hernández Cervantes (2010, p. 7) afirma que

El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados lealmente em abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo com la personalidad de los hijos, lo que implica la adecuación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fim de que éste pueda cumplir com el pleno desarrollo de sua personalidad, para lo cual requiere – salvo em situaciones de carácter excepcional – tanto de la figura del padre como de la madre.

Ressalta-se que a nova concepção de poder familiar, na qual o infante é visto como um sujeito de direito, está intimamente ligada ao

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo que o foco do instituto se desloca do pai para o filho.

Analisando esse cenário, Gonçalves (2017, p. 597) afirma que

[...] o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita de direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é que um *múnus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituto no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável no art. 226, § 7º, da Constituição federal.

Conforme dito alhures, o poder familiar, aqui entendido como um dever (ou *munus*), é exercido sempre no melhor interesse do filho, enquanto perdurar a menoridade. Em razão da evidente vulnerabilidade do filho, o Estado, quando o melhor interesse não é observado, pode – e deve – interferir na relação paterno-filial, a fim de proteger a criança ou adolescente, ainda que para isso seja necessário o afastamento, temporário ou definitivo, de seus genitores.

O Estado tem o dever de fiscalizar e controlar o poder familiar, para que, de fato, haja o cumprimento dos deveres decorrentes deste poder, sem que se cogite, nessa hipótese, indevida intervenção do Estado na relação familiar.

Como consectário da assertiva, tem-se que, no caso de inadimplemento dos deveres, exsurge ao Estado a possibilidade de privar os pais do exercício do poder familiar, por meio da suspensão ou da destituição do citado poder.

Por se tratar de medida drástica, cujos efeitos irradiam sobretudo no filho, a sua aplicação deve ser restrita a casos excepcionais – *ultima ratio* –, sempre tomada em favor do infante, para preservar sua integridade física e psíquica.

Com efeito, como dito alhures, a permanência da criança e do adolescente no seio de sua família natural deve ser o objetivo primário e prioritário a ser buscado pelo Estado e, por conseguinte, pelo Judiciário.

De fato, prescreve o artigo 19 da Lei nº 8.069/90, que a preferência da criação e exercício da guarda são dos genitores, cabendo, excepcionalmente, a colocação do menor em família substituta.

Entretanto, quando a conduta dos pais revela a total incapacidade de exercer uma maternidade/paternidade responsável, torna-se obrigação do Estado-Juiz tomar essa medida drástica (dstituição ou suspensão), visando acima de tudo proteger o interesse da criança.

Nesse cenário, a destituição, como última medida a ser aplicada, não visa a sanção aos genitores que não zelam de sua prole, mas sim a preservação da integridade física, moral e psíquica da criança, quando evidente a incapacidade dos genitores.

Dito isso, cumpre asseverar que, no caso da destituição, a lei exige a comprovação de um fato grave ou mesmo de uma falha reiterada dos pais quanto aos seus deveres de atenção e cuidado dos filhos, ou ainda, quando se verificar que os pais não ostentam condições de proteger seus filhos, de modo a garantir a eles um desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (CC, art. 1638).

4 O RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR

Conforme analisado anteriormente, a destituição do poder familiar pressupõe o descumprimento de algum dos deveres inerentes ao poder familiar ou a prática de ato contrário aos interesses da prole, devidamente reconhecido por decisão judicial.

Por tal motivo, a sentença que decreta a destituição deve apontar, explicitamente, o motivo ou as razões que dão ensejo a aplicação de medida tão gravosa, até mesmo em obediência aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Escoado o prazo para eventual recurso, a sentença transita em julgado e, partir então, *a priori*, tem caráter definitivo, desafiável apenas por ação rescisória.

Sem embargo, questiona-se se, uma vez cessada a situação que ensejou a destituição, seria possível a restituição ou restabelecimento do poder familiar.

Em artigo sobre a temática, Fonseca (2000, p. 06) defende que a destituição é definitiva, não sendo possível, portanto, o restabelecimento do poder familiar. Argumenta o autor que

a destituição é definitiva, porque tratamos da mais grave “sanção” prevista em lei a ser imposta aos pais. Afinal, se o caso em julgamento não está previsto em lei, nas hipóteses estritas e fechadas do art. 395 do CC, não é caso de destituição, mas sim de suspensão do pátrio poder ou quiçá outra medida. Isso compete ao juiz observar fundamentadamente em sua sentença, porque, em vislumbrando que o pai pode emendar-se, não deve impor a sanção mais grave (destituição), quando pode impor a menos grave (suspensão ou outra medida). Em nossa vida funcional, não vimos pais destituídos de pátrio poder emendarem-se ou mesmo buscarem reintegração na patria potestade perdida.

A posição do referido autor, contudo, é minoritária, pois, a maioria absoluta dos doutrinadores comunga do entendimento de que, cessadas

as condições que determinaram a destituição, seria possível a restituição do poder familiar.

Perfilhando esse entendimento, Luiz Carlos de Azevedo, na obra coordenada por Cury (2008, p. 617/618), assinala que

Ao declarar a suspensão do poder familiar, a sentença deverá estabelecer o tempo de sua duração, pois se trata de medida de caráter temporário, a qual cessará após o termo de sua vigência, retornando a situação ao estado anterior. O mesmo não acontece com a destituição do poder familiar, a qual é determinada em caráter permanente. Tanto no primeiro caso como no segundo, todavia, tais sentenças referem-se à relação jurídica continuativa, de sorte que, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, poderão as partes requerer a revisão do que ficou estatuído no julgado. Em tais condições, poderão requerer a cessação da suspensão, antes do término do prazo fixado na sentença, ou a restituição do direito ao poder familiar, assim fixado na sentença, ou a restituição do direito ao poder familiar, assim procedendo por meio de ação própria, na qual deverão demonstrar que os motivos que autorizam a suspensão ou a perda já não mais subsistem. Como assevera Moacyr Amaral Santos, reportando-se a José Frederico Marques: 'Não é que a sentença determinativa não produza coisa julgada. Ela é apenas suscetível de um processo de integração, decorrente de uma situação superveniente, a que o juiz deve atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida (Comentários ao Código de Processo Civil, IV/485, Rio, 1976).

Em um caso, no entanto, esta revisão ou modificação da situação, com fundamento da cláusula rebus sic stantibus, já não mais poderá ocorrer: isto é, quando, após a perda do poder familiar, seguiu-se a adoção da criança ou do adolescente, por meio da qual se transferiu aquele direito em caráter definitivo aos pais adotivos. No momento em que consumada a adoção, ingressou o menor na família do adotante, fez parentesco com os demais membros da família, desfez-se, por completo, o vínculo que existia com a família natural. A irrevogabilidade do decreto de adoção (art. 48 do Estatuto) e o atributo e condição de filho do adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios, desligando-se por completo de qualquer vínculo que possuía com os pais naturais (art. 41 do Estatuto), tornando impossível o retorno à situação anterior.

Silvio Rodrigues (2002, p. 369) diz que "(...) cessadas as causas que conduziram à suspensão ou destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares".

Venosa (2003, p. 370), da mesma forma, aduz que "o que foi destituído do poder familiar pode ser nele reinvestido, provando judicialmente que as razões que determinaram a medida cessaram".

De acordo com esses doutrinadores, apenas o instituto da adoção tem natureza definitiva, pois, rompe, em caráter irrevogável, os vínculos de parentesco, conforme disposto nos arts. 39, §1º e 41, ambos do ECA. Como não há esse caráter irrevogável na destituição, seria possível, em tese, a revisão da decisão, a permitir o restabelecimento do poder familiar.

A jurisprudência, de igual modo, tem adotado esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. ADOÇÃO CONSUMADA DO MENOR. PRETENSÃO DA IRMÃ BIOLÓGICA NA OBTENÇÃO DE SUA GUARDA. PRETENSÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NO ARTIGO 41, CAPUT, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA QUE, ADEMAIS, IMPLICARIA NA ALTERAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA CONSOLIDADA DA CRIANÇA, EM PREJUÍZO A SEU SADIO DESENVOLVIMENTO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. OBSERVÂNCIA. APELO DESPROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - 0035201-71.2020.8.16.0021 - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADORA VILMA RÉGIA RAMOS DE REZENDE - J. 06.12.2021).

Como dito, o restabelecimento pressupõe a superação dos motivos que determinaram a destituição. Essa análise, obrigatoriamente, será realizada em nova ação, denominada Ação de Restituição ou Restabelecimento do Poder Familiar.

Não há espaço, na referida ação, portanto, para a reanálise dos fatos que ensejaram a destituição, já que, sobre eles, recai o manto da coisa julgada. A causa de pedir, portanto, são novos fatos, que comprovem a superação da situação de risco outrora demonstrada. Se, porventura, não restar comprovada a alteração da situação fática, a ação é natimorta.

A revisão é, ainda, fundamentada no fato de que a relação jurídica decorrente da filiação é de trato continuado, de modo que, sobrevindo alteração no estado de fato, é possível a revisão da sentença, tal como prevê o art. 505, I, do CPC⁶. Vale dizer, a coisa julgada, formal e material, resta mantida desde que as condições fática e de direito permaneçam as mesmas (*rebus sic stantibus*). No entanto, uma vez modificadas estas, é possível nova decisão, sem que se cogite em ofensa à coisa julgada material.

⁶ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – (...)

Analisando esse cenário, Comel (2003, p. 298) adverte que

[...] mesmo se reconhecendo o caráter de definitividade da perda do poder familiar, não há que se tê-lo de modo absoluto, admitindo-se a recondução do pai faltoso ao encargo se o interesse e bem-estar do filho reclamarem, o que, de resto, implicará, dentre outros, prova bastante de que restou superada a situação que ensejou a medida.

Noutro giro, além de demonstrar a superação dos motivos que ensejaram a destituição do poder familiar, os genitores/destituídos devem comprovar que a revisão atende ao melhor interesse da criança ou adolescente⁷.

⁷ Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. TUTELA DE URGÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MANTIDA A DECISÃO QUE REJEITOU O PEDIDO LIMINAR. Não se conhece de argumentos e documentos ainda não apreciados em Primeiro Grau, sob pena de supressão de instância. Caso concreto em que alega a recorrente, que suas filhas foram retiradas do lar pelo Conselho Tutelar, sem qualquer motivação ou ordem judicial, e entregues aos cuidados de tia, que não possui condições materiais, emocionais e de saúde para assumir tal compromisso. Não sendo evidenciado, por ora, estarem as menores em situação de risco, descabe a busca e apreensão nesse momento, medida drástica, considerando-se haver, no caso, necessidade de dilação probatória para melhor elucidação dos fatos. Gize-se que eventuais alterações, em sendo devidamente comprovadas, podem ensejar a reanálise da questão, sempre em atenção ao melhor interesse das infantes. Ausência, neste momento processual, de elementos a evidenciar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Arts. 300 e 303 do CPC. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento, Nº 50724004820228217000, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 14-04-2022). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CITAÇÃO POR EDITAL. ABANDONO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. A leitura dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que apenas a adoção tem caráter irrevogável, porque expressamente consignado no § 1º do art. 39. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se pode concluir, modo contrário, pela possibilidade da reversão da destituição do poder familiar, desde que seja proposta ação própria para tanto, devendo restar comprovada a modificação da situação fática que ensejou o decreto de perda do poder familiar. No caso trazido para desate, no entanto, além de ter sido comprovado cabalmente o abandono da menor pelo genitor, a citação no processo de destituição obedeceu ao devido processo legal, não sendo essas alegações suficientes para o desiderato da sua pretensão. Ademais, não resta efetivamente demonstrado que o melhor para a criança seja o retorno ao convívio do genitor, mormente porque a menina está em família substituta e plenamente adaptada, não sendo conveniente, no momento, promover o restabelecimento, que poderá novamente levá-la a situação de descaso e abandono. Portanto, em que pese não ocorrer coisa julgada, deve prevalecer, na hipótese, o principal interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70083903229, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 27-08-2020)

Com efeito, ainda que no plano fático a restituição gere efeitos na esfera jurídica dos genitores, é primordial que ela seja benéfica à criança ou adolescente, em total obediência ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora entendido, inicialmente, como um instituto eminentemente do direito procedimental, a coisa julgada encontra seu arcabouço teórico nos princípios constitucionais, sobretudo do Estado Democrático de Direito, Segurança Jurídica, Proteção da Confiança, Dignidade da Pessoa Humana, entre outros.

A constitucionalização do direito privado, fenômeno recente nas terras tupiniquins, passou a exigir do hermenêuta uma nova leitura do instituto, sob a ótica dos princípios constitucionais.

Nessa linha de pensamento, a partir do conceito de hierarquia normativa, na qual a Constituição está no vértice (topo), não há mais como dissociar o estudo da coisa julgada do texto constitucional. Qualquer interpretação que viole o texto constitucional, deve ser extirpada do sistema jurídico, valendo tal assertiva para a coisa julgada.

Como visto, a coisa julgada é garantia constitucional de todos os cidadãos (CF, art. 5º, XXXVI) e seu conceito traz ínsito a ideia de estabilidade e imutabilidade, características marcantes do Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, não é exagero afirmar que, mesmo que suprimido o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna, a coisa julgada manteria seu *status* constitucional, pois decorre, de forma direta, do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, ainda, que o ordenamento jurídico não desenhou os traços finais e definitivos do instituto, sendo prova disso o complexo tema *relativização da coisa julgada*, discutido na doutrina e jurisprudência, sobretudo nas ações de filiação.

No caso, porém, da destituição do poder familiar, conquanto se admita a revisão ou restabelecimento do poder familiar, a nova decisão não atinge a coisa julgada material, pois, na nova ação não há reanálise dos fatos anteriores.

Com efeito, na ação de restabelecimento ou revisão do poder familiar, o juiz deve verificar se os motivos e causas que deram ensejo à destituição foram superados, ficando vedada dar nova qualificação aos fatos outrora determinantes da decisão.

Além disso, como visto, a nova decisão deve, obrigatoriamente, ser benéfica à prole, atendendo, assim, ao princípio do melhor interesse, e, ainda, anterior a eventual processo de adoção.

REFERÊNCIAS

CANEZIN, Claudete Carvalho. **A noção de poder familiar e a desconsideração do novo modelo de família nuclear**. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/342/198>> Acesso em: 26 out. 2021.

CERVANTES, Gonzalo Hernández. **La perdida de la patria potestade y el interés del menor**. 2010. Tese (Doutorado) – Curso de Direito. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Espanha. Disponível em: <<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/48647/ghc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed., vol. 1, Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**, v.I., São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **A ação de destituição do pátrio poder**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/597>>. Acesso em: 12 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**; tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Intangibilidade da Coisa Julgada Diante da Decisão de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: volume 6. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Editora Atlas, sexta edição, 2006.

INQUIETAÇÕES ACERCA DA FELICIDADE E SUA EFETIVAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, ALICERÇADA EM UMA JUSTIÇA MORAL

Caroline Christine Mesquita¹, Daniela Menengoti Ribeiro²

¹Mestre em Direito, Campus Maringá/PR, Universidade Cesumar - UNICESUMAR. Especialista em Direito Digital e Compliance, Campus Maringá/PR, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Aplicado, Campus Maringá/PR, Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, Campus Maringá/PR, Universidade Estadual do Norte do Paraná em parceria com o Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Bacharel em Direito, Campus Maringá/PR, Faculdade Maringá. mesquitachc@gmail.com

²Doutora em Direito, São Paulo/SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Departamento de Direito, UNICESUMAR. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br

Resumo

O presente trabalho busca, através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, tratar sobre a busca de uma conjectura acerca da felicidade, atrelando esta com o desenvolvimento e efetivação da dignidade humana. Para tanto, é utilizada uma abordagem dialética com procedimentos históricos e comparativos entre os acontecimentos descritos pelos autores analisados, no sentido de enquadrar a importância de se analisar esse tema respaldado em uma perspectiva de justiça moral. Visto que, esta leva a construção dignificante da pessoa, enquanto categoria ontológica, e ser comprometido consigo e com o corpo social. Destaca-se, nesse diapasão, a influência internacional que o, relevante, tema vem absorvendo, ao estruturar um sistema que resguarde a felicidade humana. Logo, o objetivo do presente artigo é analisar a importância desta, como efetivadora dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Dignidade; Felicidade; Justiça moral.

1. INTRODUÇÃO

A imensa diversidade de paradigmas na história do pensamento humano é uma evidência de que estes são obras de verdadeiros inventores de mundos sociais possíveis, e não o resultado de uma imediata e inequívoca observação do mundo. Paradigmas são modelos utilizados para a formulação de teorias, as quais não se referem simplesmente àquilo que aparece, mas contêm proposições sobre o que deveria existir. Assim, a reflexão da felicidade ao pretender descrever, reproduzir, imitar a realidade empírica, fertiliza a percepção dessa realidade com proposições ou antecipações que, uma vez incorporadas à vida social, passam a constituir a própria realidade.

O pensamento filosófico tem sido, ao longo do tempo, produtor de formas de comportamento e organização sociais, uma vez que muitos de seus pressupostos e conceitos têm sido incorporados ao mundo da pessoa, moldando a sua representação do mundo. Foi, pois, do diálogo com este

lastro filosófico que a felicidade se constituiu e se consolidou como característica intrínseca ao ser humano, oriunda de cada personalidade, tomada de forma individual.

Com efeito, uma coisa é tomar a felicidade como uma entidade meramente abstrata, outra, completamente diferente, é considerar esta como entidade concreta, vale dizer, analisar a origem desta ou daquela pessoa em particular que vislumbra o seu estado feliz. Posto que, cada indivíduo possui suas particularidades, entre elas, em especial, sua intuição do que lhe proporciona alegria e dor, constituída pela batalha de seu moralismo interno e externo, e em decorrência desta, sua ética e seus princípios, harmonizam-se e dão-lhe um vislumbre do sentimento felicidade. Logo, o problema central enfrentado, refere-se a este questionar a cerca desta essência humana que o faz digno.

A conceituação, ainda que abstrata, da dignidade é importante e indispensável no desvendar da felicidade. Em contrapartida, a finalidade e sentido da vida está na permanência da felicidade, e a realização da dignidade é condição de ser feliz.

Destarte, o tema do presente trabalho merece importância, em razão da necessidade da academia em contribuir para uma justiça social que resplandeça a efetivação do princípio constitucional da dignidade humana. E proporcionar, ao menos potencialmente, felicidade à pessoa.

2. BUSCANDO UMA CONJECTURA SOBRE A FELICIDADE

Primeiramente, busca-se tecer considerações acerca da felicidade, visto ser uma palavra multifacetada, em termos e significados. Tida como um sentimento, varia conforme o estado de espírito de cada pessoa, atrelado a suas interpretações do mundo que o cerca em contraste com o seu universo interno (GONÇALVES, 2008).

Ainda que seja tema central no cotidiano das pessoas há muitos anos e tenha estado no cerne dos debates filosóficos sobre a boa vida por séculos, a felicidade é um tema inovador, pois da mesma forma que no passado, é também um jeito de entender as sociedades contemporâneas (GREVE, 2013).

A visão de Aristóteles é o ponto de partida para se definir a felicidade, que consiste no bem supremo buscado em todo conhecimento e trabalho, assim, o bem viver e agir equivalem a ser feliz. Sendo que ela é a fonte primária de todos os outros bens, bem como seu fim, pois, de nada adiantaria a honra ou a riqueza, se não erigida pela felicidade (ARISTÓTELES, 2001).

Na perspectiva materialista de Epicuro (2002, p. 35), a felicidade é a finalidade a ser alcançada:

[...] dentre os desejos, há os que são naturais e os que são inúteis; dentre os naturais, há uns que são necessários e outros, apenas naturais; dentre os necessários, há alguns que são fundamentais para a felicidade, outros, para o bem-estar corporal, outros, ainda, para a própria vida. E o conhecimento seguro dos desejos leva a direcionar toda escolha e toda recusa para a saúde do corpo e para a serenidade do espírito, visto que esta é a finalidade da vida feliz: em razão desse fim praticamos todas as nossas ações, para nos afastarmos da dor e do medo.

Todo ser humano almeja estabelecer o liame entre felicidade e agir bem, que brinda com o entrelaço da alegria de se viver e afasta tristeza. Nesse particular, importante denotar que esse dualismo, entre ser alegre e triste, se impõe ante seus contrastes que perpetram a busca pela felicidade. Mister, portanto constar suas conjecturas, nos termos de René Descartes (2012, p. 83-84):

A alegria é uma agradável emoção da alma, na qual reside o prazer que ela frui do bem que as impressões do cérebro lhe representa como seu. Digo que é nessa emoção que reside o desfrute do bem, pois, com efeito, a alma não recebe nenhum outro fruto de todos os bens que possui e, enquanto não extrai deles nenhuma alegria, pode-se dizer que não os desfruta mais do que se não os possuísse. [...] A tristeza é um langor desagradável em que reside a incomodidade que a alma recebe do mal ou do defeituoso que as impressões do cérebro lhe representam como pertencendo a ela.

Entre os cientificistas, vale registrar Jack Lawson (1998), a vida gira em torno daquilo que o cérebro interpreta como felicidade, em algumas ocasiões ele pulsa de prazer, sem saber a causa aparente ou o porquê, outras vezes este sentimento extraordinário é extirpado, e esta plenitude de ânimo se torna tristeza, ante a mera aceitação da mente humana.

Importante como contraste deste ponto de vista, a contribuição de Ary de Resende Barroso, compositor brasileiro de música popular, interpretado por Gal Costa, na música “Jogada pelo mundo”, aduz que:

A felicidade não manda avisar
Quando vai chegar
A ninguém
A ninguém
Pode vir de noite
Ou de dia
Mas sempre é motivo de alegria
Vou chegando ao fim
E a felicidade
Já me esqueceu
Não se lembra de mim
[...]

Por isso que, aos olhos de Sigmund Freud (2010), torna-se difícil ao homem se sentir feliz. Ante as imposições impressas pela cultura, ao inconsciente, entretanto, é preciso considerá-la, também, como fator de constituição psíquica. Pois, independentemente das circunstâncias externas, ela desempenha um papel decisivo em relação, não só à possibilidade do homem ser feliz, como também em relação à própria definição de felicidade.

Interpreta-se, nos dizeres de Luiz Roberto Monzani (2005, p. 165) que:

[...] existe em Freud, de fato, uma contradição muito marcante, claramente anunciada em “O mal-estar na cultura”, entre a aspiração subjetiva dos homens à felicidade – felicidade entendida como um estado constante de prazer – já que esse é o móvel subjetivo de todas suas ações, e aquilo que acontece de fato, pois o prazer, diz Freud, só irrompe de forma instantânea, em função de necessidades represadas.

Logo, por tais fontes conclui-se que cada indivíduo estabelece os limites e critérios de sua felicidade, um nível fixo e amplamente herdado da cultura que adquiriu na sua vivência, com seu inconsciente e com o outro. Assim, eventos felizes ou triste são picos gráficos que não se estendem por períodos ilimitados, diante da necessidade do psiquismo humano manter o equilíbrio mental (SELIGMAN, 2004).

Abre-se, então, a polêmica de se entende a felicidade e sua ligação com a busca pela sabedoria, visto partir da construção cultural de cada um o incentivo necessário para ser feliz, nesse aspecto, aponta Erasmo de Rotterdam (2013, p. 23) em uma de suas metáforas: “[...] Ah! se os homens renunciassem inteiramente à sabedoria e passassem comigo o tempo inteiro de sua vida, eles ignorariam os dissabores da triste velhice, e os encantos de uma juventude contínua espalhariam a todo instante sobre eles a alegria e a felicidade”.

Isso posto, Andreas Drosdek (2008, p. 104), dita que:

Uma vez que todos nós desejamos ser felizes e que só conseguimos isso, [...], pelo uso das coisas, e mais: pelo seu bom uso, e este bom uso é o feliz êxito só o conhecimento proporciona. Será preciso, ao que parece, que cada um de nós se esforce por todos os modos para tornar-se mais sábio possível.

Assim sendo, Sêneca (2012, p. 92) é categórico em afirmar que não se deve:

[...] seguir como ovelhas o rebanho dos que nos precedem, indo assim não onde querem que se vá, senão aonde se deseja ir. E, certamente, nada é pior do que nos acomodarmos ao clamor da

maioria, convencidos de que o melhor é aquilo a que todos se submetem, considerar bons os exemplos numerosos e não viver racionalmente, mas sim por imitação.

A felicidade, sob essas premissas, é o primeiro dos ideários humanos, visto que é buscada em todas as ações do ser. Contudo, mesmo que o seu conteúdo objetivo seja impalpável, o reconhecimento do dever de alcançá-la, quer quanto ao conteúdo e extensão, quer quanto às formas e meios de efetivação dela na vida, é uma constante inarredável, mesmo para os mais céticos ou ignorantes. Porquanto, somente o homem sábio, segundo Platão, o filósofo, tem o poder de ministrar o bem, vislumbrando e exortando a felicidade para toda a cidade, fazendo a feliz (PLATÃO, 2009).

Em contraste Friedrich Nietzsche (2001, p. 19) alude que:

Buscar a luz mais viva, a razão a todo preço, a Vida clara, fria, prudente, consciente, despojada de instintos e em conflito com eles, foi somente uma enfermidade, uma nova enfermidade, e de maneira alguma um retorno à virtude, à saúde, à felicidade. Ver-se obrigado a combater os instintos é a fórmula da decadência, enquanto que na vida ascendente, felicidade e instinto são idênticos.

Entretanto, à luz dos ensinamentos de Immanuel Kant (2001, p. 19), os argumentos dos utilitaristas são falhos e odiosos, em razão de não ser “[...] Só porque uma coisa proporciona prazer a muitas pessoas, isso não significa que possa ser considerada correta. [...] argumenta que podemos atingir o princípio supremo da moralidade por meio do exercício daquilo que ele denomina ‘pura razão prática’.

Ao refletir sobre a felicidade na ética de Kant, Mônica de Freitas e Silva Gutierrez (2006, p. 47-48) propõe que:

As definições do conceito de felicidade que nos são propostas por Kant parecem, deste modo, envolver três diferentes registros: o registro da ação propriamente dita (ação pela qual se satisfaz o apetite), o registro do resultado da ação (uma vez satisfeito o apetite, espontaneamente é gerada a sensação de agrado que se obtém com tal satisfação) e o registro da consciência do resultado da ação (consciência do agrado que sentimos em relação ao estado em que nos encontramos).

Evidente que o ideário de felicidade, receita para o sentido da vida, já desde os socráticos até os personalistas, marca os flancos da história humana. Relegá-la seria descartar a antropologia, e abraçá-la consiste em um devir que se constrói, com os transcendentais da verdade, beleza e ética, coincidindo em relação pessoal ser e dever ser, o que consubstancia a dignidade.

Sendo assim, o esmero pela felicidade, seja para os mais pessimistas ou mais idealistas, torna-se inquestionável. Sendo este, o

princípio norteador do viver humano, conseqüentemente, esta indissociável com a dignidade humana, em razão desta funcionar como um espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores.

3. DIGNIDADE HUMANA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Para Emmanuel Kant (2003, p. 140) a dignidade é qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana. Tudo tem tudo tem ou um preço ou uma dignidade. “Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Percebe-se, com tal afirmação que a dignidade como valor de uma disposição do espírito, colocando-a acima de todo o preço.

A dignidade da pessoa humana, portanto, afigura como o centro sobre o qual gravitam todos os demais valores e direitos desenvolvidos pela espécie humana. Isto é, dissemina dos princípios uma eficácia positiva de modo a impor ao intérprete, a relação dos valores propostos pelo Direito, com a eficácia negativa de defenestrar as normas, regras ou comandos que o contrariem, como uma forma de limitação à atuação do jurista.

A dignidade humana engloba todos os direitos fundamentais, e, desta forma, apresenta-se com uma obrigação do Estado em propiciar as condições para que as pessoas tenham uma vida digna. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2009, p. 108)

São considerados agressões à dignidade humana, a ausência de condições de vida digna, como a falta de estrutura de vida, tais como ausência de moradia, habitação, educação, saúde, além de práticas de tortura, perda da liberdade, violência física e moral, racismo e outros.

Oportuno, ainda, é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 366), o qual relata que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, todavia, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Nesse sentido, Elimar Zsaniawski (2005, p. 56): “[...] a dignidade da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular, o núcleo essencial dos direitos humanos”.

A amplitude do princípio da dignidade humana é um verdadeiro supraprincípio, que orienta e conduz toda a leitura e interpretação dos demais princípios, garantias e direitos contidos na Constituição, vinculando, além do Poder Público como um todo, também os particulares (CANTALI, p. 2009).

Por isso, a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, filosofia, política e no direito. Constituindo um consenso, razoável, de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Logo, esta funciona como um valor fundamental que é também um princípio constitucional que justifica a moral e confere sustentáculo aos direitos fundamentais (BARROSO, 2014).

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra o Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em outros referenciais.

Porquanto, “Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana, que se consubstancia com a proteção à vida, pois, sem esta não há como aquele ser plenamente exercido” (BARROSO, 2014). Desse modo, o princípio da dignidade trata-se de um dever a que os entes federados não podem se furtar, quando as circunstâncias do caso concreto indicam ser determinada medida à adequada para a preservação da vida digna do cidadão.

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho desumano e degradante, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação no seio da própria sociedade.

4. O DESPERTAR PARA UMA JUSTIÇA MORAL QUE RESPALDE A FELICIDADE E EFETIVE A DIGNIDADE HUMANA

O Direito não é uma teoria pura, mas uma força viva, por isso, a justiça sustenta numa das mãos, a balança em que pesa o direito e, na outra, a espada de que se serve para o defender, pois a espada sem a balança é a impotência daquele. Logo, uma não pode avançar sem a outra, portanto, não haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. Assim, é fruto de um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira. Posto que, quem possui o poder não tem apenas suficiente poder para impor a justiça, também pode levar

a injustiça; a espada possui dois gumes, podendo servir à uma ordem justa, mas também pô-la em risco (IHERING, 2009).

Desse modo, a justiça não pode ser pensada isoladamente, sem o princípio da dignidade humana, assim como o poder não pode ser exercido apesar da dignidade humana. Em verdade, todos os demais princípios e valores que orientam a criação dos direitos nacional e internacional curvam-se ante esta identidade comum ou este *minimum* dos povos.

À luz do axioma de que a justiça é um componente ético, ante ser esta o objeto primário daquela e a estrutura básica da sociedade, ou mais precisamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importante distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens, advindas da cooperação social. A prática ética tem a tarefa de “[...] contribuir para o esclarecimento das instituições quotidianas adquiridas no curso da socialização, ela terá que partir, pelo menos virtualmente, da atitude dos participantes da prática comunicativa quotidiana”. (HABERMAS, 1989, p. 67).

Gustav Radbruch (1999, p. 60-61) sublinha que “[...] o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir um conduta contrária a eles”. Nesta linha de pensamento, e resgatando a visão kantiana, apenas a ética é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito, pois

[...] considerar-nos livres no agir e, no entanto, devemos-nos considerar submetidos a certas leis, para encontrarmos valor somente em nossa pessoa, valor este que nos possa compensar da perda de tudo aquilo que proporciona valor à nossa condição; tampouco podemos compreender como isto seja possível, quer dizer, de onde provém que a lei moral obrigue. Mostra-se aqui - é preciso confessá-lo - uma espécie de círculo vicioso do qual, ao que parece, não há saída. Consideramo-nos livres na ordem das causas eficientes para nos pensarmos submetidos a leis morais na ordem dos fins, e logo nos pensamos como submetidos a essas leis porque atribuímos a liberdade da vontade (KANT, p. 82-83).

A autonomia é, dessa forma o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Logo, é absolutamente boa a vontade que não pode ser má e, portanto, quando a sua máxima, ao ser transformada em lei universal, pode se contradizer por impulsos e interesse intervenham. Mas, para que a moralidade não seja um vão fantasma é preciso se admitir um possível uso sintético da razão prática, coisa a que não se pode arrogar sem que a preceda uma crítica dessa faculdade da razão.

Por esta razão os medievos já ressaltavam que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, e na capacidade de autodeterminação inerente à sua própria natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade,

o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade (AQUINO, 1997).

Neste sentido, torna-se relevante o pensamento de Tomás de Aquino, visto que lança uma concepção de igualdade entre os homens perante Deus, defendida no substrato que a dignidade humana posiciona-se no ideário do jus naturalismo, tendo a personalidade humana um valor intrínseco e singular.

Embora as pessoas tenham sentimentos próprio do ser humano, a maneira de senti-los é única para cada indivíduo. No dizeres de Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 13),

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Neste aspecto, a teoria do “mínimo ético”, corrente utilitarista exposta pelo filósofo Jeremias Bentham, denotando que a pessoa é secundária em relação ao movimento grupal, assim, nos dizeres de Miguel Reale (2001, p. 42) a teoria do mínimo ético consiste em:

[...] dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

As normas morais são, conseqüentemente, fontes reguladoras da conduta humana, já que auxiliam na construção e formação do organismo social. Logo, para Hegel (1997, p. 121) “[...] verdadeira certeza moral é a disposição de querer aquilo que é bom em si para si. Tem ela, portanto, princípios firmes e para ela são as determinações objetivas para si e os deveres”. Por conseguinte, Gustav Radbruch (1999, p. 227):

[...] A justiça é a finalidade do direito, mas essa finalidade morre tão logo tenha dado vida ao direito, e o direito continua a viver, por mais diferente que seja de seu criador. A finalidade é causa de tornar-se, mas não causa da existência do direito; como o homúculo de Wagner, este é imediatamente emancipado com o seu nascimento, trilha seus próprios caminhos e torna-se ele próprio finalidade, fim em si mesmo.

No espaço ético, garantido por regras justas, consolida-se pessoas dignas, esse é o sentido concreto da felicidade dentro daquilo que a cooperação social pode ofertar como sentido da vida a cada um de seus membros.

Chega-se, a tal conclusão tendo em consideração que a ética jurídica não é dogmática, isto é, circunscrita ao direito positivado, muito embora este seja o seu universo. “A ideia do direito é filha da ideia de justiça, mas a partir de agora ocupará um aposento próprio”⁸, tendo em perspectiva que ela é dikelógica, comprometida com a busca, incessante, pelo ideal de justiça. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas, mas também diz respeito à forma certa de avaliarmos as coisas. Uma política engajada na moral é uma promessa para uma sociedade justa (SANDEL, 2012).

O sentido de que é necessário o indivíduo, a partir de seu próprio entendimento e razão, agir peremptoriamente nos rumos que definem a justiça, deve-se tomar as rédeas de como se organiza a sociedade e de como se relacionam os homens. Apesar de renegados, os filósofos do período helenista, os quais viveram a crise das cidades-estado, contribuíram imensamente para com a descoberta do indivíduo em si mesmo, desentrelaçado da pólis, do Estado, possibilitando, assim, a reflexão ética para si, válida com um sentido universalizante, deixando de ser uma mera peça de um sistema social. É na crise, a duras penas, que os indivíduos conseguiram transformar o modo como interagiam diante do coletivo.

5. CONCLUSÃO

O desafio deste trabalho foi analisar como a felicidade influencia a vida digna da pessoa humana. Para tanto, buscou-se atingir uma melhor compreensão desta temática que tanto instiga a reflexão, mas que ao mesmo tempo é furtiva e fugaz, em razão de sua incorpórea e inconstante percepção.

Sendo assim, o objetivo central do presente trabalho, foi desenvolver uma concepção de dignidade da pessoa humana, que tenham como alicerce a busca da felicidade contrastada com sabedoria. Partindo da construção do conceito de vida feliz, denotando, portanto, para uma melhor compreensão do universo ontológico da pessoa. Logo, a partir desta contextualização, focou-se na formação dos direitos que a resguardam, como posituação de uma justiça moral. Ponderando-se, por fim, em como a felicidade exerce um poder sob a dignificação do ser.

⁸ Michel Villey, *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, trans. Márcia Valéria Martinez Aguiar (São Paulo: Martins Fontes, 2003), 73.

A partir das hipóteses formuladas inicialmente, relacionadas ao estudo da relação entre a felicidade, ética, moral e a dignidade da pessoa humana, conclui-se que é inerente e intrínseco ao ser humano buscar sua realização, a qual é perpetrada com a solidez de um constante diálogo do saber com a felicidade. Implica, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho desumano e degradante, como garantias de condições mínimas para uma vida digna. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é o fator nuclear de fundamentação e legitimação da efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

Aquino, Tomás de. **Escritos políticos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Barroso, Luís Roberto. **Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Bonavides, Paulo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

Cantali, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Descartes, René. **As paixões da alma**. São Paulo: Lafonte, 2012.

Drosdek, Andreas. **Sócrates: o poder do não saber**. Petrópolis: Vozes, 2008.

Epicuro. **Carta sobre a felicidade: a Mereceu**. São Paulo: UNESP, 2002.

Erasmus, Desidério. **Elogio a loucura**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

Fermentão, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009.

Freud, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

Gonçalves, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

Greve, Bent. **Felicidade**. São Paulo: Unesp, 2013.

Gutierrez, Mônica F. Silva. **A felicidade na ética de Kant**. Braga: Lisboa, 2006.

Habermas, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Ihering, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Kant, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Lawson, Jack. **Endorfinas: a droga da felicidade**. Blumenau: Eko, 1998.

Monzani, Luiz Roberto. "As tópicas freudianas." In **Freud na filosofia brasileira**,. São Paulo: Escuta, 2005.

Nietzsche, Friedrich Wilhelm. **O crepúsculo dos ídolos ou a filosofia a golpes de martelo**. Curitiba: Hemus, 2001.

Platão. **A república**. Translated by Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Radbruch, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Rocha, Carmen Lúcia Antunes. **Direito de todos para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Sandel, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." **Revista brasileira de direito constitucional**, June, 2007.

Seligman, Martin E. P. **Felicidade autêntica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

Lúcio Aneu Sêneca. **Sobre a brevidade da vida**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

Villey, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Zsaniawski, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O DANO MORAL COLETIVO NAS INDENIZAÇÕES POR FAKE NEWS

*Lucas Piscitello Josepetti¹, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues
Fermentão²*

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/5219521071796889>
ljosepetti@gmail.com

² Orientadora, Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR-Universidade Federal do Paraná; Pós doutora em Hermenêutica Jurídica pela UNISINOS-Universidade Vale dos Sinos-RS; Graduação e Mestrado em Direito Civil pela UEM-Universidade Estadual de Maringá-Pr; Professora titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, e graduação em Direito na Universidade Cesumar – UNICESUMAR; Pesquisadora no ICETI da Universidade UNICESUMAR; Professora da EMAP-Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Membro do IAP-Instituto dos Advogados do Estado do Paraná; Advogada.
<http://lattes.cnpq.br/4532145888110686>

RESUMO

O artigo tem como tema os danos morais cabíveis em casos de indenização por fake news de grande repercussão. Inicia-se com a ótica da responsabilidade civil e quando é cabível a indenização por danos morais, bem como a possibilidade de se indenizar a coletividade. Após isso, conceitua-se o que é fake news e a evidente preocupação existente em sua propagação por diversos ramos de estudo. Visto isso, se torna essencial verificar que existem casos que tais notícias falsas extrapolam a esfera individual do lesado, alcançando toda a coletividade, em especial quando proveniente de pessoas – naturais ou jurídicas – que possuam grande alcance e popularidade, gerando danos que merecem ser reparados junto a coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Dano Moral Coletivo; Fake news; Notícias falsas.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 diversos valores individuais e coletivos ganharam espaço na legislação brasileira. Mesmo com uma ótica enraizada de que o Código Civil deveria ser o único a reger as relações privadas, a Constituição Federal fez com que ocorresse o fenômeno que conhecemos como constitucionalização do direito privado, ou também chamado de Direito Constitucional Civil.

A partir da constitucionalização diversos valores individuais e coletivos passaram a ser protegidos, e a serem objetos de proteção do Estado, por meio dos chamados direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta geração. Em relação a proteção e tutela dos direitos da coletividade, também teve importante papel o Código de Defesa do Consumidor, o qual expressamente previu possibilidade de não mais se indenizar apenas o consumidor individualmente ou alguns de forma determinada, mas a coletividade em si. Já na questão da propagação de notícias, em meio a tais evoluções jurídicas, houve também a evolução

tecnológica, que fez com que diversas informações tivessem uma velocidade e um alcance extraordinário.

Evidentemente que tal evolução tecnológica gerou também aspectos negativos, contribuindo para que fossem espalhadas notícias e informações sem o devido crivo de serem ou não verdadeiras, surgindo a expressão fake news. E que notícias falsas sempre existiram, mas na proporção e alcance existente hoje, jamais. A partir daí, surgiram diversos casos de fake news, como nas eleições presidenciais americanas de 2016 e eleição presidencial brasileira em 2018, dentre muitos outros. Alguns desses casos geraram indenizações pessoais àqueles que eram alvos de tais fake news.

Ocorre que, muitas delas ultrapassam a esfera pessoal, tendo grande repercussão na coletividade. E verificado tal fato, deve-se perguntar: o dano gerado à coletividade deve ser desconsiderado? Somente o ressarcimento do dano moral individual é suficiente? Além disso, dever-se-á verificar quais os principais fatores para que se chegue a conclusão da necessidade ou não da indenização por danos morais coletivos nos casos de fake news, como o alcance da notícia falsa, o público atingido e a repercussão da notícia.

Finalmente, registra-se que o método a ser utilizado para a presente pesquisa será o método teórico, dedutivo, com pesquisa em doutrinas, legislações e jurisprudências.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Diante do fenômeno chamado “constitucionalização do direito privado”, não se pode analisar o Código Civil de forma isolada e dissociada da Constituição Federal e seus princípios.

Para Loacir Gschwendtner, a constitucionalização do direito privado “consiste em submeter o Direito Positivo aos fundamentos de validade que se encontram estabelecidos na Constituição” (Gschwendtner, 2006, p. 14). Já para Flávio Tartuce, o surgimento de um Direito Civil Constitucional, é, na verdade, “nada mais do que a harmonização entre os pontos de interseção do Direito Público e do Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de Direito Privado, mas que estão na Constituição Federal” (Tartuce, 2020, p. 341). Assim, o instituto da responsabilidade civil também deverá seguir tal modo de análise e interpretação.

No ordenamento jurídico brasileiro há clara e expressa definição quanto a aplicação da responsabilidade civil. A Constituição Federal de

1988 garante em seu art. 5º, V “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Pode-se verificar no artigo 186⁹ do Código Civil a disposição de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Também o art. 927¹⁰ do mesmo diploma legal, afirma que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Analisando tais artigos fica evidente que para que haja responsabilidade é necessário que haja um ato ilícito que cause danos a outrem – seja por ação ou omissão – justificando assim que o lesado venha a ser reparado de tal prejuízo.

E é no momento da reparação de tal prejuízo ou dano é que surge o instituto da responsabilidade civil, sendo que, para tal, não se pode isolar os artigos constantes no Código Civil e esquecer-se dos princípios e mandamentos constitucionais que incidem sobre o tema.

2.2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA responsabilidade civil

A responsabilidade civil surge, nas palavras de Flávio Tartucci, “em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida” (Tartuce, 2020, p. 334) Divide-se a partir de tal entendimento, em responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Inicialmente, a responsabilidade civil surgiu tendo por regra a responsabilidade sem culpa, de acordo com a Lei das XII Tábuas. Surge após isso a Lex Aquilia de Damno, no final do século III a. C. que fixou os parâmetros da responsabilidade extracontratual. E por meio da interpretação de tal lei é que se introdução a culpa na responsabilidade civil, diante de muitas situações injustas por meio da aplicação da responsabilidade sem culpa. (Tartuce, 2020, p. 334). Notadamente o fenômeno da culpa perdurou por séculos influenciando inclusive as codificações modernas, como o Código Civil Francês. A partir daí, verificou-se que a culpa seguiu como fator preponderante na análise da responsabilidade civil.

Ocorre que, observou-se que com o desenvolvimento da sociedade em sua complexidade e o aumento dos casos de riscos de danos que ficaram sem a reparação, abrindo-se a possibilidade de haver a obrigação

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 20/06/2020

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 20/06/2020

de ressarcir o dano ao lesado independentemente da análise da culpa, o que ficou conhecido como responsabilidade objetiva

Carlos Alexandre de Moraes, ressalta que “a responsabilidade objetiva ou teoria do risco é caracterizada pelo desprezo do elemento culpa, busca-se apenas o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente”.(MORAES, 2010, p. 43). Desta forma, a partir de tal momento, ganhou espaço a chamada responsabilidade civil objetivo em prol da responsabilidade civil subjetiva, dando maior destaque ao dano como elemento da responsabilidade civil.

2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos da responsabilidade civil são separados, pela grande maioria da doutrina em: a) ação; b) culpa ou risco do agente; c) nexo de causalidade; e o d) dano. ”.(MORAES, 2010, p. 37). A conduta é entendida como o ato que se realizou ou que se deixou de realizar pelo agente. Rui Stoco afirma que “o elemento primário de todo o ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”¹¹ (STOCO, Rui. 1999)

Em seguida, tem-se a culpa ou risco do agente. Vale frisar que a culpa mencionada é em sentido amplo (lato sensu), englobando a culpa estrita e o dolo. Gustavo Tepedino afirma que a culpa “resta configurado quando presente não apenas a culpa em sentido estrito, ou seja, o desvio do padrão de conduta, mas também o dolo, tradicionalmente identificado no ato praticado com a finalidade precípua de causar o dano”. (TEPEDINO, 2020, p. 104)

Dentro de tal divisão da culpa lato sensu, Tartuce (2020, p.388) afirma que o dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar a outro, ressaltando que este dolo é o que consta no art. 186 do Código Civil, não sendo possível confundir o mesmo com o dolo do defeito do negócio jurídico. Nessa questão, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ou, pelo menos, assume o risco de produzi-lo. O agente que age dolosamente sabe ser ilícito o resultado que intenciona alcançar (representação) ou assume o risco de produzi-lo (anuência) com sua conduta” (CAVALIERI, 2019, p. 47). Entretanto, vale desde já salientar que tal elemento – culpa latu sensu – já se tornou dispensável em grande parte dos casos na atual análise da responsabilidade civil.

E tal questão é verificada justamente tendo por base a teoria do risco. Como já dito, tal vertente surgiu visando possibilitar a reparação do dano em casos que ficavam sem solução, ante a impossibilidade de enquadrar a culpa para a responsabilização (MORAES, Carlos Alexandre, 2010, p. 39).

¹¹ STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.

O nexo causal é outro pressuposto da responsabilidade civil, é o elemento que une a conduta (ação ou omissão) ao dano. Para Flávio Tartuce (Tartuce, 2020, p. 402), o nexo de causalidade constitui a relação de “causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”. Sérgio Cavalieri Filho aponta que o nexo causal, além de pressuposto, tem por função “estabelecer o limite da obrigação de indenizar” (CAVALIERI, 2019, p. 63). Assim, o nexo estabelece a ligação entre o ato realizado e o dano, limitando inclusive até que ponto o agente deve ser responsabilizado pelo dano sofrido pela vítima.

Por fim, o dano, como pressuposto da responsabilidade civil, é o prejuízo, seja material ou imaterial, sofrido pela vítima, resultado de uma conduta realizada. O dano pode ser dividido em diversas classificações, mas, para esta análise, será restringida a divisão entre dano patrimonial e dano moral.

Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado (TARTUCE, 2020, p. 427). Já os danos morais se referem a lesão a direitos imateriais, em especial, aos direitos da personalidade, sendo que para reparação não há – necessariamente – a finalidade de acréscimo patrimonial, mas um meio para atenuar as consequências desse prejuízo imaterial (TARTUCE, 2020, p. 442).

Sérgio Cavalieri Filho aponta ainda que o dano moral não está necessariamente atrelado a alguma reação psíquica da vítima. Trata-se de uma ofensa a bens jurídicos que são da pessoa por ser pessoa humana, e derivam diretamente da dignidade da humana, não havendo a necessidade de tal reação de detrimento anímico. (CAVALIERI, 2019, p. 116).

Verifica-se, assim, de forma resumida os elementos da responsabilidade civil, cabendo agora, uma melhor explanação sobre o dano moral coletivo.

2.4 DANO MORAL DIFUSO OU COLETIVO

Dano difuso ou coletivo está relacionado com os direitos e interesses difusos e coletivos, ou seja, é a “lesão de um bem jurídico de titularidade de titularidade coletiva” (CAVALIERI, 2019, p. 142). Flávio Tartuce faz importante consideração sobre o tema ao afirmar que “ele [dano moral coletivo] pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis” (TARTUCE, 2020, 499). Hermes Zaneti Jr. E Leonardo Garcia (2012, p. 32) afirmam que “configura dano moral coletivo a injusta lesão à esfera moral de certa comunidade; a violação a determinado círculo de valores coletivos”.

Na legislação brasileira o dano moral coletivo encontra guarida no art. 6º do código de defesa do consumidor, em seus incisos VI e VII. O

Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 636.021¹², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, analisou a possibilidade de reparação por danos morais coletivos em razão de divulgação de cenas televisivas impróprias em horário vespertino. Embora o julgado mencionado tenha desdobramentos de questões processuais que tenha feito com que o processo retornasse ao Tribunal de origem, a Ministra relatora trouxe importante ensinamento em seu voto, ao afirmar que:

“O art. 81, CDC, rompe, portanto, com a tradição jurídica clássica, onde só indivíduos haveriam de ser titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento. Criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”.

No mesmo julgado, a Ministra ainda teceu comentários sobre os danos morais coletivos, em especial quanto a necessidade de que existe um valor coletivo não patrimonial que merece guarida:

“Ora, se por um lado, a coletividade não goza de personalidade jurídica e se, por outro, há bens de sua titularidade que são insuscetíveis de valoração econômica, como, por exemplo, o ar, o equilíbrio ambiental e a sobrevivência de uma espécie animal, não há que se falar, em regra, de patrimônio – no sentido tradicional – difuso ou coletivo.

A consequência que se extrai dessa conclusão é que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não-patrimonial e, por isso, deve encontrar uma compensação, permitindo-se que os difusamente lesados gozem de um outro bem jurídico. Não se trata, portanto, de indenizar, porque não se indeniza o que não está no comércio e que, portanto, não tem preço estabelecido pelo mercado”.

Constata-se que, por mais que não existe uma personalidade jurídica própria da coletividade, existem bens que são esta coletividade possui, e que merecem ser preservados. Em consequência lógica, havendo bens a serem preservados, eventual lesão a estes gera dano, o que – realizando a análise com base nos elementos da responsabilidade civil – pode ensejar reparação.

Com tais conceitos em mente, passa-se a análise das fake news, e os desdobramentos que dela decorrem.

¹² REsp 636.021/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em: 12/07/2020.

3. FAKE NEWS

O termo fake news segundo o Dicionário de Cambridge disponibilizado virtualmente é entendido por “histórias falsas que parecem notícias, disseminadas na internet ou usando outras mídias, geralmente criadas para influenciar opiniões políticas ou como uma piada”¹³. Embora o destaque do termo fake news pareça atual, a preocupação com notícias falsas que se disseminam com o objetivo de gerar meias-verdades e, consequentemente, a mentira, não é tão atual.

O Relatório MacBride¹⁴, também conhecido como “Um Mundo e Muitas Vozes” foi um documento publicado em 1980 pela Unesco visando discutir diversas questões relacionadas a comunicação. E observa-se no mesmo, em seu capítulo segundo a seguinte consideração:

“se os indivíduos devem desempenhar seu papel como cidadãos responsáveis na comunidade, nos níveis local, nacional e até internacional, devem ser adequadamente informados, possuindo faculdades suficientes para fundamentar julgamentos racionais e selecionar cursos de ação” (1980, p. 156)

Reconhece-se desde tal época a preocupação mundial de que a informação fornecida e veiculada seja adequada para que o cidadão possa desempenhar seu papel na comunidade.

Há no referido documento item próprio intitulado de “Distorção de Conteúdo”, item pelo qual se expõe a preocupação com determinados jornalistas, pesquisadores, políticos, particulares e até mesmo países que não aceitam a limitação de propagar apenas aquilo que é considerada notícia, mas ampliando tal conceito com o viés ideológico e econômico. Ocorre que, claramente com o avanço tecnológico e em especial, o avanço das mídias sociais, a propagação de notícias aumentou em escala exponencial. E um importante detalhe é que a propagação das notícias aumentou por atuação do próprio ser humano, que, muitas vezes, não possui o interesse averiguar ou checar qual a verdadeira origem daquilo que está sendo compartilhado por ele.

A intenção passou a ser somente distribuir conteúdo. E tal conteúdo – que historicamente passava minimamente pela imprensa – ganhou a possibilidade de circular sem freios. E é evidente que tal fato passou a ser aproveitado por diversas pessoas, com o único objetivo de manipular fatos e opiniões conforme seus próprios interesses. Entretanto, o alcance de

¹³ Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>. Acesso em: 13/07/2020

¹⁴ Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000040066>. Acesso em: 14/07/2020.

diversas notícias tem causado danos consideráveis. Mas com a devida vênia, não vem sendo tratados com o alcance e com a seriedade necessários.

Especialmente as notícias que tem por origem a própria imprensa, que tem o dever ainda maior de informar e de realizar a verificação das notícias veiculadas, não podendo se deixar levar pelo desejo de vender jornais ou cliques. E nesses casos, o dano causado pela fake news pode alcançar a coletividade, pois trata-se de uma notícia de um meio em que se espera e até mesmo pressupõe a credibilidade e a busca pela verdade.

4 O DANO MORAL COLETIVO NOS CASO DE FAKE NEWS

Diversos tem sido os casos em que as fake news são passíveis de indenização em favor dos lesados. Ocorre que, o alcance da referida notícia tem sido usada apenas para critério de fixação da indenização. Não se tem cogitado em julgamentos envolvendo fake news que – dependendo do alcance e da natureza das fake news lançadas – o dano é sofrido tanto pelo particular envolvido quanto pela coletividade.

Isso está intimamente relacionado aos chamados direitos fundamentais de quarta geração, que tem por característica a coletividade e, no entendimento de Bonavides são: “direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação” (BONAVIDES, 2004, p. 571). E tal direito à informação pertence justamente a coletividade, não podendo restringir a apenas o lesado, quando o tema envolve diversos outros aspectos da sociedade.

Cabe citar que a falsidade de dados causa danos extremamente graves a opinião pública, e isso já restou reconhecido pelo Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu que:

“A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade”¹⁵.

Há reconhecidamente o dano gerado na opinião público quando se manipula a verdade e se ganha proporções de alcance da coletividade. Cita-se por exemplo o caso referente ao recurso especial nº 1.676.393, que em 2017 foi julgado pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo:

¹⁵ REsp 896.635/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=896635&b=A COR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 15/07/2020

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DO AUTOR. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DE REPARAÇÃO. NÃO ALTERADO. 1. Ação ajuizada em 17/05/2007. Recurso especial interposto em 10/11/2014 e atribuído a este Gabinete em 22/03/2017. 2. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes. 3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. 4. Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade. 5. Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial não provido”¹⁶.

Referido julgado condenou a Editora Abril a indenizar a título por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a família do ex-ministro Luiz Gushiken, em razão de matéria publicada pela revista Veja.

No caso, estabeleceu-se que a notícia da revista afirmou que determinado empresário estaria chantageando o então ministro, Luiz Gushiken, por meio de ameaças baseadas em supostas contas ilícitas, tudo isso para tirar proveito do governo da época.

Importante deixar claro que não é devido aqui entrar na seara da corrupção havida e comprovada por meio da ação penal 470, popularmente conhecida por “mensalão”. Mas o caso acima deve ser analisado sob a seguinte ótica: a referida revista de circulação nacional publicou uma notícia envolvendo o ministro da comunicação, afirmando que

¹⁶ REsp 1676393/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1676393&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15/07/2020

não só o ministro, mas todo o governo estaria sofrendo chantagem e sendo obrigado a ceder a interesses particulares de determinado banqueiro.

Desde a primeira instância até o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, restou comprovado e decidido que a notícia não possuía informações verdadeiras e fidedignas, sendo que a Ministra Nancy Andrighi afirmou ainda que a matéria teria extrapolado “os limites da liberdade de imprensa, baseando-se em fatos que se mostraram absolutamente insubsistentes”.

A partir de tais premissas o dano causado ao que foi difamado foi ressarcido ou, amenizado, por meio da indenização por danos morais. Entretanto, resta a dúvida: e o dano causado a coletividade?

Nota-se que a notícia colocou em xeque toda a autonomia e capacidade da própria República Federativa do Brasil. Claramente gerou instabilidade e descrença em grande parte da população. Entretanto, tal lesão e sentimento foi totalmente ignorado. É fácil verificar tal constatação, visto que ao verificar o alcance da revista, sabe-se que possui alcance nacional. E, a falsidade existente na referida notícia envolvia não apenas a pessoa do lesado, o Sr. Luiz Gushiken, mas em especial o cargo de Ministro que possuía, afirmando que tal cargo estaria à disposição de chantagens, juntamente com outros cargos como a presidência da República e demais autoridades brasileiras.

Com base em uma notícia falsa, questionou-se a lisura não só das pessoas que ocupavam os cargos, mas também os próprios cargos em si, insinuando que tais pessoas poderiam ser chantageadas e estariam ali atendendo a desejos particulares daqueles que quisessem. Esse tipo de situação não se limitou a esse caso, e nem se limitará, sendo que em virtude disso, diversos órgãos do governo têm criado frentes contra as fake news, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça com o Painel de Checagem de Fake News¹⁷, o Ministério da Saúde¹⁸ e inclusive projeto no Congresso Nacional visando o combate a tais notícias falsas.

Mas somente isso não basta. É necessário atentar o dano gerado em toda a coletividade. Uma fake news de tal proporção pode gerar extrema insegurança na população de uma cidade, estado ou até mesmo país. Isso porque, referido meio de comunicação tem – ante sua grande atuação e alcance – credibilidade perante seus leitores, fazendo com que a capacidade de tal notícia gerar tais danos seja ainda maior. Além disso a imprensa tem grande responsabilidade na formação da opinião popular, e como dito no Recurso Especial 896.635/MT citado anteriormente, ao fazer uso de fake news, ela deixa de informar e passa a manipular a opinião pública, o que, sem dúvidas, é um dano gerado a

¹⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/painel-de-checagem-de-fake-news/>. Acesso em: 15/07/2020

¹⁸ Disponível em: <https://www.saude.gov.br/fakenews?start=70>. Acesso em: 15/07/2020.

coletividade. Em virtude disso, seria cabível a aplicação dos danos morais coletivos em tais casos, pois o dano extrapola a esfera individual do lesado para atingir a coletividade.

Se em casos de corrupção, leva o governo - seja de direita ou de esquerda ao descrédito, se em casos de saúde pública – geram danos a saúde das pessoas, dentre outros inúmeros assuntos que são de extrema importância para a população em geral, e que, se atingidos pelas fake news, devem ser passíveis de indenização.

Como exemplo de uso do instituto do dano moral coletivo, temos os danos ambientais e os danos aos consumidores. Em recente julgado (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.343.283 RJ¹⁹), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os danos morais coletivos “configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva”. E, tendo tal natureza, o dano moral coletivo tem em sua essência a natureza punitiva e pedagógica, com o intuito de coibir a prática de tal ato.

Diante da análise dos julgados e do que foi exposto, denota-se ser plenamente cabível a indenização por danos morais coletivos em casos de fake news, quando a matéria e o dano causado tiverem proporções na coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil já estabeleceu a possibilidade de se indenizar os danos morais coletivos em diversas hipóteses, não havendo qualquer impedimento legal para que tal lógica e entendimento jurídico seja utilizado em indenizações por fake news.

É certo que alguns veículos de comunicação e até mesmo pessoas possuem grande alcance em suas opiniões e veiculações de notícias, sendo que, para imprensa, há claro agravante, que é o prestígio e a credibilidade que certos veículos de comunicação gozam.

Tal fato faz com que eventuais fake news geradas e propagadas por estes veículos em especial devam ser objeto de especial análise, pois o dano gerado não se restringe ao indivíduo lesado. Dependendo da situação, alcance e importância do que foi dito, a notificação tem reflexos em toda a uma coletividade, seja na esfera municipal, estadual, regional, nacional ou até continental.

Os sentimentos gerados por tais notícias podem ser devastadores, sendo certo que os danos causados deveriam ser passíveis de indenização – não só pessoal – mas coletiva.

¹⁹ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802017819&dt_publicacao=19/02/2020. Acesso em: 16/07/2020

E quanto tal fato ocorre, é importante que não só o dano moral individual seja averiguado e objeto de reparação, mas, ante o surgimento do dano moral coletivo, este também deve gerar indenização.

A evolução da sociedade não mais permite que apenas o direito individual seja visto, já que, é nítido que com o desenvolvimento dos direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta, a coletividade tem estado em um papel de destaque.

Informações mentirosas disfarçadas de verdade podem alterar o curso de eleições, políticas públicas e diversas outras situações envolvendo a coletividade, podendo gerar ainda insegurança da população frente as instituições, sendo indiscutível que tais situações são danos a coletividade.

Assim, a proteção dos direitos da coletividade precisam ser alvo das reparações judiciais na justiça brasileira. E ante o dinamismo e a velocidade tecnológica vivida, não cabe mais que o poder judiciário permaneça estático, mas, deve se dinamizar em relação a proteção de tais direitos, independente da regulação por parte do poder legislativo, determinando que a coletividade seja ressarcida por tais lesões sofridas, devendo tal ato ser interpretado como defesa dos direitos fundamentais por parte do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 806 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. [Lei nº 10.406 (2002)]. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 15 jul. 2020.

BRASIL. [Lei nº 8.078 (1990)]. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. 668 p.

GSCHWENDTNER, Loacir. **A constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 176 p.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo Atlas 2015

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil das Empresas Tabagistas**. 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. 218 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos da Responsabilidade Civil – Vol 4**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

UNESCO. Relatório MacBride: Um mundo, muitas vozes. 1980. 275 p.
Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000040066>.
Acesso em: 14/07/2020.

ZANETTI JUNIOR, Hermer; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 3 ed. Salvador: JusPodivm. 350 p.

RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: MECANISMO UTILIZADO CONTRA O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA HUMANA EM SUA DIGNIDADE OU MEIO DE PROTEÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

*Lucas Piscitello Josepetti¹, Cleide Aparecida Gomes
Rodrigues Fermentão²*

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/5219521071796889>
ljosepetti@gmail.com

² Orientadora, Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR-Universidade Federal do Paraná; Pós doutora em Hermenêutica Jurídica pela UNISINOS-Universidade Vale dos Sinos-RS; Graduação e Mestrado em Direito Civil pela UEM-Universidade Estadual de Maringá-Pr; Professora titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, e graduação em Direito na Universidade Cesumar – UNICESUMAR; Pesquisadora no ICETI da Universidade UNICESUMAR; Professora da EMAP-Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Membro do IAP-Instituto dos Advogados do Estado do Paraná; Advogada.
<http://lattes.cnpq.br/4532145888110686>

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a importância da liberdade de expressão e pensamento para a dignidade da pessoa humana e para o desenvolvimento da personalidade, e a importância de tal direito como mecanismo para o exercício da dignidade humana. A partir de tal ponto analisa-se qual o reflexo da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, especialmente em relação ao combate à desinformação por meio da resolução nº 23.714/2022, em que enfrentou atos de desinformação sobre o processo eleitoral fazendo uso de mecanismo para retirar conteúdos e privar contas de pessoas que os reproduzissem. A análise de tal resolução faz-se preciso, diante do precedente estabelecido, e, da lembrança à atos que não tiveram qualquer benefício aos direitos da população brasileira no passado, resultando em precedente perigoso.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; dignidade da pessoa humana; combate à desinformação.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade já passou por diversos momentos de controle e manipulação de pensamento que não resultaram em evolução e desenvolvimento da pessoa humana, mas sim, em cerceamento à liberdade de pensamento e de expressão aplicado no período do regime militar no país.

O combate a livre manifestação teve em sua maioria o intuito de mudar a verdade para que totalitários ascendessem ao poder ou, mantivessem um soberano no poder. Em resposta a tais situações, a liberdade de expressão tornou-se um importante princípio inerente ao ser humano, e capaz de enfrentar esses momentos sombrios da humanidade.

Vê-se recentemente no Brasil que, em virtude das eleições, da propagação de notícias falsas, e de diversos questionamentos que criavam teorias conspiratórias, o Tribunal Superior Eleitoral se mostrou mais flexível

em relação a retirada desses conteúdos sob a justificativa de combate à desinformação. Ocorre que, em outro momento histórico do Brasil, esse mecanismo foi utilizado para motivos não tão acertados e corretos. Assim, questiona-se: qual a importância da liberdade de expressão para o desenvolvimento da personalidade humana e para a dignidade humana? A resolução nº 23.714/2022 Seria um precedente perigoso ao exercício da liberdade, diante dos exemplos históricos, ou foi necessário no contexto político social de intensões anti democráticas? Para responder a tais questões, utilizar-se-à o método dedutivo.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UMA FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO

A liberdade de expressão é um direito da pessoa humana, sendo ele capaz de influenciar diretamente no desenvolvimento da personalidade humana. A livre manifestação de ideias e pensamentos nem sempre foi possível. Em momentos difíceis da humanidade foram tolhidos o direito a liberdade de expressão e de livre manifestação do pensamento e opinião. Isso porque a difusão de ideias em tal período era uma ameaça ao poder.

Há um vínculo entre a liberdade e a dignidade humana, a depender do desenvolvimento entre o direito e a vida social. Isso porque, a sociedade possui a característica de ser dinâmica, acrescentando a cada dia novos valores. Tais valores são, por essência, objeto de tutela do direito (FERMENTÃO, 2016). Trata-se de uma qualidade inerente ao ser humano, expor ideias, defender o seu ponto de vista e ser, inclusive, contrariado, sendo que, tal situação é, também, benéfica ao desenvolvimento humano.

A concordância e a discordância são qualidades da manifestação de pensamento que contribuem para o melhor desenvolvimento. Questionar um discurso, de forma racional, jamais pode ser interpretado como algo negativo, mas como meio para que a resposta ou o posicionamento sobre determinado assunto seja aprimorado. O senso crítico é despertado, e, se utilizado da maneira descrita por Dahrendorf (1979) – de forma racional e crítica – contribui para o desenvolvimento da personalidade humana. Afirma ainda que uma sociedade humana aberta pressupõe que determinada explicação pode levar a conclusões diversas em tempos diferentes.

Fernanda Cantali (2009) contribui neste tema apontando que a dignidade da pessoa humana é garantida e preservada por meio da liberdade e autonomia privada. A liberdade de manifestação de opiniões é um dos grandes desafios do Estado para que o desenvolvimento continue. Owen M. Fiss (2005), entende que o princípio da neutralidade proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas em relação a temas, ponto de vista, impedindo que este favoreça ou desfavoreça determinado ponto de vista ou lado em um debate. Entretanto, faz a importante ressalva de que a neutralidade não significa ausência de atuação.

Trata-se da mais alta liberdade, pois não se possibilita apenas uma escolha de pensamento ou de narrativa, mas cria-se a possibilidade de que essa escolha esteja fundamentada em uma análise completa do conteúdo. A decisão em si não é papel do Estado, mas da sociedade, mas o conhecimento de toda a informação possível é, um caracterizador do papel do Estado para garantir a livre manifestação do pensamento e de expressão.

3 A RETIRADA DE CONTEÚDOS DAS REDES SOCIAIS SOB A JUSTIFICATIVA DE COMBATE A DESINFORMAÇÃO

Por meio da resolução nº 23.714/2022 o Tribunal Superior Eleitoral se propôs à enfrentar o que chamou de “desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral”, na qual atribuiu para si a possibilidade de determinar a remoção imediata de opiniões, notícias, e afins que, nos termos da resolução, sejam “sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados”. Expandiu ainda essa determinação em seu artigo terceiro, em que autorizou-se na resolução que a presidência do Tribunal Superior Eleitoral possa entender a decisão do colegiado sobre a desinformação para situações de “idêntico conteúdo. Houve, especialmente nas eleições presidenciais do Brasil, imensa repercussão de tais medidas, sendo que, neste momento, busca-se analisar qual impacto que tais determinações têm sobre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, e de que forma esse precedente pode refletir em situações posteriores.

Por mais nobre e justa que seja a justificativa dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, a autodeterminação para censurar conteúdos e opiniões seria razoável frente a toda a importância da liberdade de expressão no Brasil? Cabe lembrar que o Brasil passou por anos de ditadura militar em que através de Atos Institucionais, o chefe do Poder Executivo determinou “proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política” (Brasil, 1968). E a justificativa dada era o a preservação da ordem, segurança, tranquilidade, desenvolvimento econômico, cultural e a harmonia política e social do País. O Ato Institucional deu ao Executivo poderes praticamente irrestritos. E tais poderes trouxeram enormes prejuízos a população brasileira, que viveu anos de subdesenvolvimento de sua dignidade pela – dentre tantos outros motivos – a impossibilidade de debate e evolução do ser humano. Não há possibilidade que a atribuição de poder irrestrita quanto a determinado tema seja benéfico ao cidadão e ao ser humano.

É preciso analisar a intensão e objetivo do TSE a estabelecer a resolução 23.714/2022, para isso faz-se necessário a análise do contexto político e social vivenciado no país; na carga excessiva de mensagens inverídicas e com fim específico de incutir a desinformação, e, ao mesmo

tempo inflamar a opinião pública contra o poder judiciário, e, se tais desinformações poderiam trazer prejuízos à democracia no país. ,

Em relação à liberdade de expressão, sua limitação – por mais que seja feita de forma, inicialmente correta e visando a paz no processo eleitoral – não pode abrir margem para que tal precedente seja usado, posteriormente, para ascensão ou manutenção do totalitarismo, e, ao mesmo tempo faz-se necessário analisar se a liberdade de expressão que gera prejuízo e desinformação pode ser inibida, assim como quando tal liberdade é utilizada para ameaçar, prejudicar e expor a risco o Estado democrático de direito. Essas duas vertentes precisam ser analisadas: o direito à liberdade de expressão, e, a proteção da sociedade ao risco de crimes contra a democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a liberdade de expressão e pensamento possuem uma grande importância no desenvolvimento humano e têm reflexo direto na dignidade da pessoa humana, e na sociedade..

Os precedentes de limitação de tais direitos devem se tratar de exceção, e devem ser sempre evitados. Historicamente, os momentos em que regimes totalitários ascenderam ao poder e se mantiveram nessa posição houve a utilização de censura como meio de direcionar a opinião pública e até coibir certos pensamentos. No Brasil isso se verificou na época do regime militar, conhecida como ditadura militar, em que por meio dos Atos Institucionais, a restrição da opinião sobre temas especialmente políticos tornou-se o mecanismo do mencionado governo de se manter no poder. No período da recente eleição à Presidência do Brasil, o Tribunal Superior Eleitoral, restringiu a liberdade de opinião e a discussão de determinados temas, em veicular em ambiente virtual ou físico, pensamentos e matéria sabidamente inverídicas.

A resolução pode apresentar-se como a possibilidade de abrir-se precedente, o que não se almeja, visto que o contexto histórico do período do regime militar e da ditadura foi cruel e tolheu a liberdade em todos os seus aspectos. E, por outro lado, é preciso analisar o contexto social e político que levou a tal resolução. O inflamar os ânimos contra o poder judiciário, contra o sistema eleitoral, valendo-se das redes sociais para veicular inverdades e retirar a livre escolha e a paz, assim como a prática de crimes contra a democracia.

A proteção aos direitos conquistados de liberdade de pensamento e de expressão, e de proteção à dignidade humana, como direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, não podem ser abalados, por se tratarem de direitos com “cláusula pétrea”, assim como faz-se preciso a proteção ao Estado democrático de direito, por meio de medidas quando inverdades e objetivos obscuros geram insegurança e verdadeiros crimes contra a democracia. .

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 08 novembro de 2022.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DAHRENDORF. Ralf. **A nova Liberdade**. Editora Universidade de Brasília: 1979.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA CONEXÃO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

*Lucas Henrique Lopes dos Santos¹, Cleber Sanfelici
Otero²*

1 Mestrando no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR.
henriqueledesadv@hotmail.com

2 Doutor e Mestre. Professor de Direito no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências
Jurídicas (Mestrado e Doutorado) cleber.otero@unicesumar.edu.br

RESUMO

O objetivo do presente estudo é verificar se a participação popular direta na elaboração da decisão administrativa, conjuntamente com o Estado, aproxima-se da real concretização dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, que os administrados reivindicam, realizando assim o interesse público primário. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica nacional aliada à doutrina estrangeira, que já debate a noção de eficiência e a participação popular nas escolhas feitas pela Administração Pública, concluindo-se que foi a partir do novo desenho e função dos princípios, alinhados com a corrente gerencial da Administração Pública, que fez surgir o princípio da eficiência, calcado na efetividade das políticas públicas para a garantia da concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Participação popular. Eficiência.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, busca-se verificar se a participação popular direta na elaboração da decisão administrativa, conjuntamente com o Estado, aproxima-se da real concretização dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, que os administrados reivindicam, realizando assim o interesse público primário.

Trata-se de um estudo relevante, pois, com o crescimento das sociedades e sua complexidade diante de uma realidade de pluriclases, o ideal democrático torna-se uma preocupação constante para dar legitimidade à máquina estatal. Nesse cenário, as formas tradicionais de representação por intermédio do sufrágio não se veem suficientes para alimentar o ensejo por democracia que cresce no seio social, e formas diretas de participar das decisões públicas se tornam essenciais.

Ademais, tratando-se de um pressuposto do Estado Democrático, a participação no exercício do Poder pelos cidadãos está cada vez mais em evidência, indo muito além da simples configuração do voto, mas entrando em uma seara em que há uma direta possibilidade de intercessão do cidadão na atividade de todas as funções estatais, seja ela do Executivo,

do Judiciário ou do Legislativo, relevando a democracia direta no nosso sistema jurídico.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica nacional aliada à doutrina estrangeira, em procedimento de comparação, porquanto a doutrina alienígena já debate a noção de eficiência e a participação popular nas escolhas feitas pela Administração Pública.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

O princípio da eficiência foi introduzido no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) pela Emenda Constitucional EC nº 19/1998. Entretanto, a necessidade de eficiência na atuação administrativa é mencionada em outras passagens do texto constitucional, a saber: a) art. 74, inc. II, na instituição e manutenção de sistema de controle interno, com o objetivo de fazer prova da legalidade e mensurar os resultados, quanto à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades que compõem a administração federal, bem como o emprego de recursos por entidades de direito privado; b) art. 144, § 7º, na organização e funcionamento dos órgãos de segurança com objetivo de garantir a eficiência, e c) art. 5º, LXXVIII, na razoável duração do processo. Há ainda previsão legal do princípio no art. 2º da Lei 8.794/1999, que trata sobre o processo administrativo federal.

Do ponto de vista jurídico, como bem expõem Wunder Hachem e Gabardo (2018), o princípio da eficiência administrativa tem um significado próprio, relacionado com a observância pela administração de determinadas formas de atuação e das finalidades estabelecidas no sistema regulatório. No entanto, seu sentido para a lei se desenvolve em diferentes dimensões que devem ser consideradas pelo intérprete.

Em suma, e numa arriscada tentativa de definição, Wunder Hachem e Gabardo (2018) afirmam que o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa pode ser traduzido como o dever que a Constituição impõe à administração pública de: 1) exercer o poder administrativo que é legalmente conferido com o máximo de rapidez, agilidade, economia e produtividade; 2) atuar de forma a especificar fielmente a finalidade pública que está na base das normas jurídicas a que está sujeito; 3) utilizar os meios mais adequados para a melhor realização dos objetivos fixados pelo direito positivo (interesse público); 4) conferir máxima eficácia aos comandos que são dirigidos pelo ordenamento jurídico, e 5) sempre de acordo com os direitos fundamentais e com os demais princípios e normas que regem a atividade administrativa.

Mendes (2012) apresenta a eficiência sobre diferentes concepções: etimológica, dicionário, administrativa, econômica e jurídica. De acordo com a etimologia, eficiência tem origem no particípio passado do verbo

efficere, que significa realizar ou efetuar algo. Já pela leitura de sua definição no dicionário, é retratada como qualidade ou capacidade de obter um bom rendimento nas tarefas ou trabalhos com um mínimo de dispêndio. Na seara da administração, a eficiência é delineada como capacidade de produzir o máximo de resultados, valendo-se do mínimo de recursos, enquanto na visão econômica é uma qualidade de uma economia ao obter toda a produção possível com os recursos disponíveis.

Por fim, no campo jurídico, a eficiência não se resume à promoção do mais elevado nível de resultados ao prover a população dos direitos estatuídos pela Constituição. Seu mister vai além, ao garantir os direitos fundamentais com o menor sacrifício pela imposição de deveres aos membros da mesma sociedade, ou seja, máximo de direitos com o mínimo de deveres.

A eficiência está ligada à ideia de administração de resultados, necessidade de se obter os resultados elencados pelo texto constitucional de forma célere, não se limitando a legitimidade da ação do Estado ao respeito aos procedimentos formais (OLIVEIRA, 2013). Entretanto, a eficiência não deve ser compreendida somente como majoração do lucro, mas como melhor forma de exercer as missões de interesse da coletividade que incumbe ao Estado. Este, a seu turno, deve tentar obter a maior realização prática possível sobre as finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, em especial no aspecto financeiro, como para a liberdade dos cidadãos (ARAGÃO, 2012).

Em outras palavras, a medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados, quais sejam, concretização dos direitos fundamentais.

Gabardo (2012) afirma que o princípio da eficiência engloba conceitos de eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade, celeridade, bom andamento e boa administração. Esses últimos significam a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional.

Pode-se dizer que a atuação administrativa é eficiente quando é capaz de promover satisfatoriamente os fins quantitativos, qualitativos e probabilísticos, pois a eficiência exige não só a adequação dos meios, mas a satisfação na promoção das finalidades atribuídas à administração. Para tanto, entendem Thaler e Sustein (2019) que é possível valer-se a Administração Pública dos conceitos de racionalidade econômica e *nudge* como forma de otimizar a tomada de decisões. Nesse contexto, é possível afirmar que esses recursos muito têm a contribuir porquanto a eficiência deve nortear a atividade administrativa em todos os seus campos e não somente nos serviços públicos, devendo conformar não aos resultados imediatos e aos custos específicos do aparato estatal, mas aos ganhos e

custos do todo social. Para tanto, deve valer-se de todos os recursos que dispuser, inclusive os neurocientíficos.

Entretanto, existem autores que criticam o princípio da eficiência assim como o modelo gerencial de administração pública, o que deixam claras as fragilidades que entendem acerca do que este padrão fornece, que acaba, no bem da verdade, desvirtuando o fundamento do princípio, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais.

Alfonso (1995), por exemplo, indigna-se com o modelo gerencial, o qual não é garantidor de nenhum melhor resultado, uma vez que, em sua dicção, a definição de objetivos é uma clarificação das opções subjetivas da organização.

Mendes (2012) entende que os princípios administrativos possuem caráter finalístico, com exceção da eficiência, que tem natureza instrumental, e, via de regra, não há que se cogitar em sopesar condutas administrativas que maculem a moralidade, impessoalidade ou a publicidade, por exemplo. A eficiência da Administração Pública deve-se coadunar sempre com os anseios da população, interesse coletivo, e não com os individuais do Estado, deve ser voltada ao interesse público primário, e não ao secundário.

Desse ponto, revela-se fundamental a participação popular que amplie o debate democrático acerca das escolhas trágicas da Administração para realizar as políticas públicas que veiculem e concretizem os direitos fundamentais pretendidos.

Homercher (2008) alerta para a relação da participação popular com o pluralismo, defendendo a ideia de que o direito administrativo, como concretizador das políticas públicas, deve abrir espaço para a manifestação da vontade dos diversos grupos sociais, ocorrendo uma passagem de um cidadão espectador para cidadão ator.

Oliveira (2013) sustenta ainda a “processualização” da atividade administrativa com a participação do cidadão na elaboração da decisão administrativa, enaltecendo a maior participação popular do que ocorre nos instrumentos de consultas e audiências públicas.

No que se refere à legitimidade democrática, e principalmente ao seu déficit, Moreira Neto (2016, p. 27) defende a efetivação dos conceitos de “legitimidade concorrente” e da “legitimidade finalística”, que significam a participação no exercício do poder e no controle dos resultados do poder. É a presença da democracia deliberativa, com uma efetiva deliberação pública, permitindo o diálogo na formação da decisão administrativa, e não só na simples participação do procedimento público da decisão.

Do exposto, depreende-se que a participação do cidadão, quando bem concretizada, pode revelar-se em importante instrumento de eficiência de gestão administrativa e de concretização de direitos fundamentais por parte do Poder Público.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio a essa solidificação do ideal democrático, cresce em importância a possibilidade de intervenção/participação da sociedade na condução da gestão pública. Sob o influxo dessa ideia de participação popular, o conceito de democracia ampliou-se, embora continue a se referir ao poder emanado do povo. A democracia representativa, que se contentava com a eleição como critério de legitimação da atividade administrativa, foi substituída pela democracia participativa, que requer a participação popular na construção de ações e decisões implementadas pelo poder público.

A participação dos diversos atores sociais na formação das ações administrativas aproxima a população do poder público, afastando a desconfiança e estimulando a consciência da sociedade, além de ser um importante mecanismo de controle social. Assim, é correto falar que a participação popular tem por fim conferir maior legitimidade às ações e decisões administrativas.

Concluiu-se que, a partir do novo desenho e função dos princípios, alinhados com a corrente gerencial da Administração Pública, surge o princípio da eficiência, calcado na efetividade da política pública para a garantia da concretização dos direitos fundamentais, com enfoque no resultado, ou seja, na necessidade de se obter os resultados elencados pelo texto constitucional de forma célere, e com menor custo possível.

Como consagrado no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88, o poder emana do povo, não sendo este mero expectador, mas ator na formulação das políticas que assegurarão a concretização de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da eficiência administrativa. In: Marrara, Thiago (Org.). **Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência: uma análise de seus fundamentos. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 275-303, 2008.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas Mutações Juspolíticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 27-118, parte I.

WUNDER HACHEM, Daniel; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 39, p. 131-167, dic. 2018.

OPORTUNIDADES E LIMITAÇÕES ABARCADAS PELO REGIME DEMOCRÁTICO

*Lucas Henrique Lopes dos Santos¹, Cleber Sanfelici
Otero²*

1 Mestrando no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR.
henriquelopesadv@hotmail.com

2 Doutor e Mestre. Professor de Direito no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências
Jurídicas (Mestrado e Doutorado) cleber.otero@unicesumar.edu.br

RESUMO

O presente estudo objetiva apresentar uma breve discussão sobre a democracia dando ênfase às oportunidades e limitações abarcadas pelo regime democrático, partindo-se da premissa de que a concepção de cidadania democrática igualitária faz surgir o compromisso com o objetivo de alçar barreiras entre o poder econômico e o político, fazendo com que a representação atenda de fato aos objetivos de um Estado democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Oportunidades. Limitações.

1 INTRODUÇÃO

As civilizações foram gradativamente se ajustando política e juridicamente, revelando, assim, a preocupação em evitar o domínio de déspotas e ditadores e julgamentos fundamentados no misticismo. Atualmente, observam-se movimentos sociais mais conscientes, que buscam fazer com que Estado e cidadão contribuam e respeitem mutuamente a lei e assim manter protegidas as relações jurídicas, os limites de atuação do Estado e, principalmente, a eficácia na defesa e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

O presente estudo objetiva apresentar uma breve discussão sobre a democracia dando ênfase às oportunidades e limitações abarcadas pelo regime democrático.

Parte-se da premissa de que a concepção de cidadania democrática igualitária faz surgir o compromisso com o objetivo de alçar barreiras entre o poder econômico e o político, fazendo assim com que a representação atenda de fato aos objetivos da democracia.

O discurso fundador da democracia liga-se a um conceito específico de soberania do povo. A forma de configuração dessa soberania, o sentido e a amplitude que se dá ao princípio da soberania do povo, ou da nação, é essencial para a conceituação e configuração da democracia.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

Segundo Lijphart (2003), definir democracia como “governo pelo povo para o povo” levanta uma questão fundamental: quem governa e a que interesses o governo deve atender quando o povo estiver em desacordo e suas preferências forem divergentes? Uma resposta a esse dilema é: para a maioria do povo. Essa é a essência do modelo majoritário de democracia.

Winston Spencer Churchill, em discurso realizado em 11 de novembro de 1947 na Câmara dos Comuns em Londres, afirmou que a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as demais formas que têm sido experimentadas ao longo da história. (INGLATERRA, s/d).

Sen (2000) apresenta algumas análises adversas à democracia e aos direitos civis que advêm de três direções diferentes:

a) Declaram que as liberdades e direitos políticos prejudicam o crescimento econômico. Amartya Sen (2000) discorda dessa vertente, justificando que não existem dados confiáveis a provar que o autoritarismo tenha relação com um efetivo crescimento econômico, o mesmo se podendo afirmar com relação à democracia. Igualmente, não há provas da existência de qualquer tipo de conflito entre liberdades políticas e crescimento econômico, além de não se pode desconsiderar o fato de que liberdades políticas e liberdade substantiva possuem relevância própria. Para avaliar o desenvolvimento econômico é preciso que, além das estatísticas, analisem-se os processos causais, como as “políticas úteis” para que este processo se efetivasse, sendo que não há indícios de que estas políticas não possam ser compatíveis com o regime democrático. Os direitos e liberdades políticos e civis conferem aos cidadãos a chance de alertar para os problemas que enfrentam e exigem a intervenção pública apropriada, e a resposta do governo a esse clamor depende da pressão que é feita pelos indivíduos e é esse o papel primordial do exercício dos direitos políticos.

b) Afirmam que se for dado aos pobres o direito de escolher entre as liberdades políticas e a possibilidade de satisfazer suas necessidades econômicas, certamente a segunda opção será a eleita. Sen (2000) alerta que esta afirmação encontra fundamentos em frágeis evidências empíricas, já que não ficou esclarecido de que forma seria possível avaliar essa afirmativa em situações em que os indivíduos não tenham liberdade para externarem suas opiniões sobre o tema ou para contraditarem a opinião daqueles que detêm o poder. Realmente, diversos líderes de países em desenvolvimento menosprezam os direitos e liberdades políticas, no entanto, não se pode estender essa realidade à população, o que é possível atestar, por exemplo, pela existência de diversos movimentos populares em países mais pobres a favor das liberdades políticas.

c) Ressaltam que o destaque para as liberdades políticas e para a democracia é um valor inerente às culturas ocidentais, não se aplicando à cultura asiática, que se direciona prioritariamente à ordem e à disciplina. Não raro, tem-se feito menção aos valores asiáticos para enaltecer os governos autoritários na região, no entanto, isto não é feito por historiadores, mas sim pelas próprias autoridades. Sen (2000) explica que a extensão territorial asiática, o número de pessoas que habitam a região e a diversidade cultural dificultam que se façam generalizações e, quando são feitas, são bastante grosseiras e, portanto, não podem ser levadas em consideração.

Com esses argumentos, Sen (2000) mostra que o acesso aos direitos básicos torna mais crível que as necessidades econômicas encontrem por parte dos governantes uma resposta satisfatória. Além do mais, a fim de que estas necessidades sejam efetivamente respeitadas pelos tomadores de decisões é necessário que haja discussão e diálogo, o que somente é possível quando as liberdades políticas são consideradas.

É importante destacar, como afirma Lijphart (2003), que definir democracia como “governo pelo povo para o povo” levanta uma questão fundamental: quem governa e a que interesses o governo deve atender quando o povo estiver em desacordo e suas preferências forem divergentes? A resposta da autora a esse dilema é: para a maioria do povo. Essa é a essência do modelo majoritário de democracia.

Lijphart (2003) esclarece que a resposta majoritária é simples, direta e tem grande apelo, porque governar para a maioria e de acordo com os desejos da maioria aproxima-se muito mais, obviamente, do ideal democrático de “governo pelo povo e para o povo” do que o governo de uma minoria sensível às necessidades da minoria. Já, a resposta alternativa ao dilema é: para o máximo de pessoas possível. Esse é o ponto central do modelo consensual. Não difere do modelo majoritário quando aceita que a regra majoritária é melhor que a regra minoritária, mas aceita a regra majoritária apenas como um requisito mínimo: em vez de se satisfazer com estreitas maiorias tomadoras de decisão, tenta maximizar o tamanho dessas maiorias.

Também, segundo Kelsen (2000), o regime democrático traz em seu bojo uma série de oportunidades, no entanto, a forma como elas serão aproveitadas, bem como seu grau de aproveitamento dependem das pessoas envolvidas no processo, já que os êxitos do regime dependem não somente das regras do jogo e dos procedimentos escolhidos, como também da maneira com que as oportunidades são usufruídas pelos cidadãos.

Assim, a forma e a intensidade com que as oportunidades oferecidas pelo regime democrático serão usufruídas dependem de diversos fatores que se fazem presentes nas sociedades, como a força da política multipartidária, a vitalidade dos argumentos morais e da formação de valores (relembrando a necessidade da discussão e do debate, viabilizados

pela liberdade política, a fim de que seja possível identificar esta característica) e a atividade dos partidos de oposição – algo de grande importância seja em regimes democráticos ou não democráticos.

Com este pensamento, Sen (2000) afirma que fortalecer o sistema democrático é indispensável para desenvolvimento de uma sociedade. Mesmo apresentando limitações, as liberdades políticas e os direitos civis, têm sido frequentemente utilizados de forma eficaz e sua incontestável eficiência na prevenção de infortúnios econômicos não raro tem sido verificada. Quando a força política e econômica de um país vai bem a ausência desta função da democracia não é sentida com tanta intensidade, no entanto, quando os acontecimentos não correm tão bem, ela é vigorosamente almejada, ou seja, é o momento em que os incentivos políticos proporcionados pelo governo democrático adquirem maior valor prático.

Lijphart (2003) expõe que existe uma tendência surpreendentemente forte e persistente na ciência política, de equiparar democracia unicamente com democracia majoritária, e não reconhecer a democracia consensual como um tipo alternativo e igualmente legítimo. Essa visão se baseia no pressuposto majoritário de que a democracia implica um sistema bipartidário (possivelmente dois blocos de partidos opostos) que se alterna no governo; mas não leva em conta que os governos dos sistemas multipartidários mais consensuais tendem a ser coalizões e que uma mudança de governo nesses sistemas costuma ser apenas uma alteração parcial da composição partidária do governo – e não que a oposição “passa a ser” governo.

Então, assim como é importante ressaltar a necessidade da democracia, também é fundamental proteger as circunstâncias que assegurem a extensão e o alcance do processo democrático. Por mais valor que a democracia tenha como uma importante fonte de oportunidades sociais, existe a necessidade de avaliar os caminhos e as maneiras para fazê-la atingir seu pleno potencial.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Participar não é apenas uma questão de escolha que cada indivíduo faz ou não, mas sim questão de expandir as oportunidades sob a ótica política e social. Uma distribuição de renda mais justa e um ambiente propício ao fomento de uma cultura de incentivo à participação política são, atualmente, as maiores preocupações acerca da democracia moderna.

No que diz respeito à questão da distribuição de recursos na sociedade, acredita-se que, combinando o princípio da diferença e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, é possível alcançar a igualdade democrática.

Porém, a diferença entre aqueles que estão em posição mais privilegiada e os que estão em posição menos favorecida não pode ser

exagerada, pois, caso exista uma diferença muito grande, haverá a violação do princípio das vantagens mútuas e do princípio da igualdade democrática. Lado outro, parece provável que, ao tornar melhor a situação dos menos favorecidos, no geral, a situação dos demais cidadãos também irá melhorar, em um crescente espargimento de benefícios.

Para combater a arbitrariedade moral sob a ótica da concepção democrática, o foco deve ser direcionado ao princípio da diferença, segundo o qual não é possível justificar nenhuma forma de distribuição desigual de bens primários.

Ao se observar os regimes democráticos constitucionais existentes, constata-se que a desigualdade é real e intensa. Assim, conclui-se que um dos principais vícios dos regimes constitucionais tem sido sua incapacidade de garantir o real valor da liberdade política, o que ocorreu pelo fato de o sistema jurídico ter ao longo dos tempos aceitado grandes desigualdades na distribuição de renda, gerando, desta forma, um cenário bastante distante do desejado e devido ao fato dos recursos públicos não terem sido utilizados para manter as instituições exigidas pelo justo valor das liberdades políticas. O poder político torna-se rapidamente concentrado, possibilitando que o aparelho coercitivo do Estado e as legislações sejam empregados sem a neutralidade necessária, fazendo com que as desigualdades sociais e econômicas minem a igualdade política.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 [p. 15-82, capítulos 1, 2, 3 e 4].

LONDRES. Câmara dos Comuns. **Discurso de Winston Churchill**. s.d. Disponível em: <http://maioresdiscursos.blogspot.com.br/2010/11/discurso-de-winston-churchill.html>. Acesso em: 27 out. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

REFLEXOS DA PÓS-MODERNIDADE NA PROTEÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE PSÍQUICA

*Clara Carrocini Tamaoki¹, Marcus Geandré Nakano
Ramiro²*

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas PPGCJ da UniCesumar. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná;

² Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar; Pesquisador Bolsista na Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo investigar os reflexos da pós-modernidade na ordem psíquica dos indivíduos, bem como, estudar a eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na proteção do direito à integridade psíquica, um dos direitos da personalidade. Para tanto, o estudo vale-se do método hipotético-dedutivo, de uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivo explicativo e exploratório, baseada fundamentalmente na pesquisa bibliográfica dos objetos em estudo. Por meio da análise dos resultados, até o presente momento, foi possível constatar que com o advento da pós-modernidade a psique humana foi descoberta como força produtiva, razão pela qual o foco da estrutura de poder passou a não se resumir mais apenas na otimização do desempenho físico dos indivíduos, mas dos próprios processos psíquicos humanos. No cenário contemporâneo, o indivíduo molda sua dinâmica psíquica em consonância à uma mentalidade de superprodutividade, incutindo em si uma auto cobrança excessiva, que acaba por formar o cenário psicossomático deste século: síndrome de *bornout*, ansiedade, depressão e inúmeros outros problemas de ordem psíquica que por vezes se instalam de maneira permanente e progressiva. Contudo, ao mesmo passo em que se observa a extrema vulnerabilidade da psique humana, constata-se igualmente o descompasso entre as pretensões legais do Direito e a realidade social pós-moderna, vez que, em que pese o ordenamento jurídico disponha sobre o dever de não violação à integridade psíquica, não é capaz de assegurar a eficácia de sua disposição.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Integridade Psíquica; Pós-modernidade; Crise Eficácia do Direito; Psicopolítica.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do complexo cenário social contemporâneo abre novos caminhos científicos para a análise da relação existente entre as mudanças sociais ocasionadas pela pós-modernidade e a eficácia do

Direito na proteção dos direitos da personalidade, dentre eles, o direito à integridade psíquica.

Este momento histórico de ruptura representado pela pós-modernidade ocasionou muitos reflexos e alterações nos mais diversos campos sociais: econômico; político; relacional; educacional etc. No Direito não foi diferente: da mesma forma que a pós-modernidade é marcada pela brusca ruptura com os paradigmas fundantes da modernidade, observa-se que o Direito hoje também é marcado por uma crise, um movimento de quebra e ruptura, que evidenciou a necessidade de que a ordem jurídica direcione seus esforços não só para a questão de sua validade, mas principalmente sobre a sua eficácia, se debruçando sobre a realidade presente e as necessidades sociais que se apresentam no cenário pós-moderno.

Diante desse cenário, a presente pesquisa pretende responder à seguinte problemática: quais os reflexos da pós-modernidade na psique humana? Diante dessa realidade, o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de apresentar uma proteção eficaz ao direito à integridade psíquica? Para tanto, a presente pesquisa objetiva investigar os reflexos da pós-modernidade na ordem psíquica dos indivíduos, bem como, estudar a eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na proteção dos direitos da personalidade, em especial, do direito à integridade psíquica.

Ao buscar a compreensão da relação entre os fenômenos sociais já especificados, metodologicamente a pesquisa vale-se do método hipotético-dedutivo, de uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivo explicativo e exploratório, baseada fundamentalmente na pesquisa bibliográfica dos objetos em estudo.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

Pós-modernidade é a definição dada, sem qualquer consenso, ao cenário contemporâneo. Da análise dos resultados da pesquisa bibliográfica realizada, tem-se as definições de pós-modernidade flutuam entre período histórico, ontologia, corrente teórica de pensamento, e epistemologia (SOUZA, 2012, p. 270-283). Cada um dos principais autores que abordaram o tema traz características importantes sobre a atualidade e, ainda que divergentes, auxiliam a compreensão das condições, fenômenos e transformações da vida contemporânea sob vários ângulos. Em que pese toda a problemática relacionada ao seu uso e conceituação, fato é que a expressão ganhou maior relevo no vocabulário filosófico e sociológico contemporâneo, especialmente por Jean-François Lyotard (LYOTARD, 2000), Jürgen Habermas, Ulrich Beck, Zygmunt Bauman e Boaventura de Sousa Santos, bem como, passou a ser utilizado fora do ambiente acadêmico, sendo reconhecido culturalmente na linguagem corrente.

Apesar da ausência de consenso, a maioria dos pensadores que trabalham com a ideia de pós-modernidade defende a caracterização da modernidade como a época dos discursos totalizantes (metarrelatos), das verdades universais e da razão como principal base do pensamento moderno. Com isso, traçam características para a pós-modernidade a partir da contraposição à modernidade, dispondo que se trata de um momento histórico marcado pelo rompimento com a modernidade, com as metanarrativas, com a ciência universal e com a tendência ao individualismo.

A ruptura representada pela pós-modernidade, contudo, ocasionou reflexos e provocou alterações nos mais diversos campos sociais (econômico, político, relacional, educacional etc.). O presente estudo, porém, se atém a pesquisar os reflexos que recaem sobre a ordem psíquica do indivíduo, vez que, com o advento da pós-modernidade a psique humana é descoberta como força produtiva, razão pela qual o foco da

estrutura de poder não se resume mais a otimizar apenas o desempenho físico dos indivíduos, mas seus os próprios processos psíquicos (HAN, 2017, p. 23).

Essa nova anatomia política inaugurada na pós-modernidade, porém, afeta como nunca antes a ordem psíquica do indivíduo, vez que o induz a moldar sua dinâmica psíquica em consonância à uma mentalidade de superprodutividade, lhe inculcando uma auto cobrança excessiva, que acaba por formar o cenário psicossomático deste século: síndrome de burnout, ansiedade, depressão e inúmeros outros problemas de ordem psíquica que por vezes se instalam de maneira permanente e progressiva (HAN, 2018). A integridade psíquica dos indivíduos, portanto, corre mais risco do que nunca (BENEVIDES, 2018).

No Direito não foi diferente, considerando que com o advento da pós-modernidade, a hegemonia do positivismo jurídico defendida na modernidade passa a ser questionada e o estudo do Direito passa a recair sobre a problemática decorrente das questões pautadas na realidade social, econômica e política. Da mesma forma com que a pós-modernidade é marcada pela brusca ruptura com a modernidade, observa-se que o Direito hoje também é marcado por uma crise, que evidenciou a necessidade de que a ordem jurídica direcione seus esforços não só para a questão de sua validade, mas principalmente sobre a sua eficácia, se debruçando sobre a realidade presente e as necessidades sociais que se apresentam no cenário pós-moderno (BITTAR, 2014, p. 140).

Antes, a estrita legalidade, impositividade e negatividade eram considerados valores responsáveis por reger o ordenamento jurídico. Esse molde jurídico se manteve estável por muitos anos, contudo, com o advento da pós-modernidade resta desmascarada essa pretensão de validade absoluta e universal do direito nas relações sociais (BITTAR, 2014, p. 153). A legalidade estrita deixa de ser um princípio de efetividade do Estado Democrático do Direito e se transforma apenas em uma forma de

autolegitimação do direito, tolhendo-lhe a capacidade de cumprir com o seu papel de atender, de maneira eficaz, as reais problemáticas que nascem nas relações sociais na atualidade (BITTAR, 2014, p. 165).

A ruptura com a modernidade e a mudança de valores, hábitos e costumes evidenciou a necessidade de que o Direito direcione seus esforços, portanto, não só para a questão de sua validade, mas principalmente sobre a sua eficácia, se debruçando sobre a realidade presente e os problemas sociais que são vividos hoje na pele dos indivíduos, vez que um ordenamento jurídico dogmaticamente perfeito que é incapaz de ser praticado na realidade do tempo presente tolhe do Direito a possibilidade de cumprir sua própria função social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todo o exposto, observa-se, ao mesmo tempo em que a pós-modernidade irradia seus efeitos sobre a psique humana, submetendo-a à uma posição de extrema vulnerabilidade, o Direito não sai ileso aos seus efeitos. Com o advento da pós-modernidade, o Direito igualmente suportou mudanças: a ruptura com a modernidade e a mudança de valores, hábitos e costumes evidenciou a necessidade de que o Direito direcione seus esforços não só para a questão de sua validade, mas principalmente sobre a sua eficácia, se debruçando sobre a realidade presente e os problemas sociais que são vividos hoje na pele dos indivíduos.

Nota-se, portanto, um completo descompasso entre as pretensões legais do Direito e a realidade social contemporânea, visto que a anatomia do poder na pós-modernidade torna possível o acesso, a análise, a quantificação e a manipulação da matéria mais subjetiva do indivíduo: seus pensamentos, desejos, motivações e escolhas, tudo isso sem qualquer limitação eficaz dessa exploração pelo ordenamento jurídico.

Fato é que ao mesmo passo em que a constatação dessa crise de eficácia do sistema jurídico acompanha um sentimento de insatisfação e incerteza, também traz consigo a motivação para que agenda científica dos pesquisadores tenha como objeto a busca por caminhos que permitam reatribuir ao Direito a capacidade de responder às necessidades sociais, e, mais do que isto, estruturar um sistema jurídico capaz de se comprometer de maneira integral ao contexto da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Pablo Severiano. **Neoliberalismo, psicopolítica e capitalismo da transparência**. Psicologia & Sociedade, v. 29, 2018.

BITTAR, Eduardo CB. **O direito na pós-modernidade**. Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos: Florianópolis, 2010.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1. ed. Belo Horizonte: Âyiné, 2018;

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017;

LAVIÉ, C. M. **Un discurso de la autoexplotación voluntaria. Notas para una crítica de la Psicopolítica de Byung-Chul Han**. Cuadernos del Sur Filosofía, 2017 p. 180-202. Disponível em:
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.60F37F58&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SOUZA, E. M. **Pós-modernidade nos estudos organizacionais: equívocos, antagonismos e dilemas.** Cadernos EBAPE.BR, v. 10, n. 2, p. 270-283, 2012.

LYOTARD, J.-F. **A Condição Pós-moderna.** Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2015.

A “VIDA NUA”: A DESCONSTRUÇÃO DA CONDIÇÃO HUMANA PELO CAPITALISMO

Juliana Luiza Mazaro¹, Lucimara Plaza Tena², Valéria Silva Galdino Cardin³

¹Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar) de Maringá (2019-2022). Bolsista na modalidade de taxa (PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Jurídicas da UniCesumar. ju.mazaro@gmail.com.

²Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar) de Maringá (2019-2022). Bolsista em período integral PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Jurídicas da UniCesumar. lucimaraplazatena@gmail.com.

³ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal); Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. valeria@galdino.adv.br

RESUMO

Este trabalho busca conceituar o poder e uma de suas várias formas, o biopoder, que nada mais é o controle do Estado sobre a vida humana. Além disto, procura apresentar a biopolítica, que é a atuação do Estado na vida humana, tornando-a útil para o desenvolvimento do capitalismo. Entretanto, não é a essência da vida que vem sendo protegida por essas relações de poder, mas apenas o corpo físico/ biológico que possa ser produtivo ao capital, convergindo para o domínio da “vida nua” e da cultura do espetáculo, na qual o ser humano se apresenta como um ente fragmentado, manipulável e quando inútil acaba desprezado. Trazendo o papel do Direito na desconstrução da condição humana, quando por meio do instituto jurídico do contrato o sistema de poder regula os comportamentos adequados ao capital sem, contudo, o fazer por uma ordem direta.

Palavras-chave: Biopoder; Biopolítica; Direitos da Personalidade; “Vida Nua”.

1 INTRODUÇÃO

Com a ascensão do capitalismo ficou evidente uma nova forma de relação de poder, o biopoder, que se interessa pela proteção e otimização da vida humana. Muda-se o paradigma de que o soberano, antes o Estado decidia pela morte do indivíduo, agora decide pela vida, como força de trabalho para o pleno desenvolvimento do capital, que decide se realiza ou não certos direitos da pessoa, inclusive diretos da personalidade.

A vida passa a ser inserida na esfera social e, portanto, passa a ser uma preocupação política, surgindo a biopolítica, que insere nas tarefas do Estado o cuidado com a vida da pessoa e da população.

Mas que vida o Estado busca proteger e promover? A “vida ativa”, que se preocupa com o desenvolvimento amplo da existência humana? Ou a “vida nua”, que se preocupa apenas com a sobrevivência biológica do ser e manutenção do poder do Capital? Como o Direito colabora na manutenção da “vida nua”?

Este ensaio científico se realizou por meio do método dedutivo, em que se propõe estudar os conceitos de poder, biopoder e biopolítica como

formas de controle e padronização do comportamento humano, que levaria à desconstrução da condição de seres humanos dos indivíduos, logo, à “vida nua” que alimenta o capitalismo. Realizado pelo mapeamento e por uma revisão bibliográfica em livros e artigos científicos das áreas de Filosofia, Sociologia e Direito que abordam os temas e questionamentos estudados.

4 PODER, BIOPODER E BIOPOLÍTICA

O poder não é global e centralizado, mas uma rede de dispositivos e mecanismo que se infiltra no meio da sociedade, anônima e flexível que a atravessa e da qual é impossível escapar. Além disso, não se caracteriza mais por ser repressivo, hoje é também reprodutivo, é um poder que visa à otimização da vida humana, é o biopoder (PELBART, 2007).

Quando a vida se torna uma questão política e passa a fazer parte da esfera social, ao invés daquilo que antes era privado (para os gregos parte do *oikos*), tem-se a biopolítica. Assim, a biopolítica cuida da vida humana enquanto útil aos seus fins, abandonando-a quando não se mostra útil. Se ocupando dos processos biológicos com o fim de discipliná-los, regulamentá-los, adestrá-los através das normas, racionalizando a existência (DANNER, 2010).

Esta politização da vida nada mais é do que uma forma de poder, que se construiu e se transformou ao longo do tempo para a servidão do capitalismo. Os indivíduos têm seus corpos disciplinados, suas aptidões ampliadas, se tornam dóceis e úteis para o trabalho, ao mesmo tempo em que também sofrem intervenções e controle em sua saúde, procriação, mortalidade.

O Direito vem neste cenário para colaborar na normatização dos comportamentos, aproximando o indivíduo à lei, submetendo-o a se comportar da maneira que atenda as necessidades da ordem estabelecida, ou seja, do poder em vigência (SUPIOT, 2007).

Neste sentido afirma Michel Foucault (1999) que o biopoder foi essencial ao desenvolvimento capitalista, tendo em vista que o controle dos indivíduos os condicionando ao modelo produtivo e aos processos econômicos, garantindo mão de obra e consumidora dócil e sugestionável.

As relações de poder se encontra estão inseridas na sociedade. Estão ramificadas de forma que inviabilizam a sua detecção pelas pessoas comuns, o que permite que permaneçam administrando e regulando todos os aspectos da vida do indivíduo, mas não necessariamente com o objetivo de este tenha uma “vida boa”, ao contrário, de maneira que sobreviva o suficiente para funcionamento do capitalismo.

5 DA CONDIÇÃO HUMANA E DA “VIDA NUA”

O ser humano é um ser condicionado pela realidade em que se insere, inclusive, pelas relações de poder a que se submete, como o biopoder e a biopolítica.

Hannah Arendt (2007) entende que a “vida ativa” consiste em três atividades fundamentais, tidas como condições básicas à pessoa: o labor, o trabalho e a ação. De forma simples, a condição humano do labor é a própria vida, pois corresponde aos processos biológicos do corpo humano. O trabalho, por sua vez, corresponde à condição humana da mundanidade, dos aspectos artificiais da existência humana. E por fim a ação, que é a condição humana da pluralidade e que tem mais relação com a política.

Contudo, a autora salienta que além dessas condicionantes existem aquelas que são produzidas pelas atividades humanas e que por sua relação com a vida humana assumem imediatamente o caráter de condição da existência humana. Mas, longe do *bios* grego que perseguia a “vida ativa” ou a “boa vida”, o soberano, agora o Estado, se preocupa com o *zôe*, a “vida nua”, a sobrevivência da espécie, sem se preocupar com a essência. Esta sobrevida, esta “vida nua”, em que o indivíduo habita entre o humano e o inumano, como um corpo simplesmente biológico, insensível, passa a ser mero cálculo e estratégia de poder do Estado.

Uma das características deste sistema de poder é a necessidade de se definir o que é normal e aquilo que é anormal, forma-se a identidade de um grupo social, e o indivíduo que não se adequa a suposta normalidade é banido, colocado a margem do jurídico, a lei lhe é indiferente (AGAMBEN, 2007).

A submissão das pessoas à vontade do sistema de poder deve ser feita voluntariamente. Deve ser conseguida com confiança, para que não se rebelem, fenômeno que Alain Supiot (2007) chamou de governança, que se apropriou de alguns institutos jurídicos, principalmente do contrato, para explorar os recursos humanos, sujeitando a pessoas as vontades do capital, ditando-lhes o comportamento, sem que para isso necessite dar uma ordem.

No ápice da cultura do espetáculo e do capitalismo em que a sociedade se encontra, a normalidade é determinada pela “celebridade da vez”, numa busca incessante de se adequar ao padrão de comportamento reconhecido pelo grupo, as pessoas foram reduzidas a meros corpos manipuláveis (“vida nua”), reduzidas a seres fragmentados que são estimulados a consumir desenfreadamente, já que há abundância de serviços e produtos, como sinônimo de ser feliz, o prazer é pressuposto para isto, e deve ser alcançado a qualquer preço (MOTTA; DANTE, 2016).

Nesta perspectiva, quando o poder e a política se ocupam da proteção da vida, atuam para disciplinar essas atividades fundamentais da condição humana, permitindo apenas sobrevivência (“vida nua”) da espécie para a continuidade do capital. Não lhes importa a promoção da pessoa ou de sua personalidade, a “vida ativa” que busca mais do que a simples sobrevivência do indivíduo.

Ao contrário do que se pode pensar, o biopoder e a biopolítica se preocupam em garantir estes direitos. Pois eles garantem a manutenção e sobrevivência dos corpos biológicos, da “vida nua”, por exemplo, o direitos da personalidade como à vida, à integridade física, alguns aspectos da liberdade e da autonomia, desde que sejam capazes de manter o capital.

A fragmentarização da pessoa na busca de suas realizações se encaixa perfeitamente na ideia capitalista, que apresenta infinitas possibilidades de realização, a profissional, a familiar, a cultural, entre outras. Para que o indivíduo alcance a satisfação pessoal, a felicidade deve trespassar por ideais praticamente inalcançáveis, mas que são visto como obrigatórios para sua permanência no grupo social que está inserido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DANNER, Fernando. O sentido da biopolítica em Michel Foucault. **Revista Estudos Filosóficos**, São João Del Rei, v. 2, n. 4, p.143-157, jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art9-rev4.pdf>>. Acesso em: 03 ago 2019.

FOUCAULT, Michel. **El yo minnimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

MOTTA, Ivan Dias da; DANTE, Caroline Rodrigues Celloto . A personalidade na biopolítica e a ideia de promoção humana. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, v. 3, p. 336-354, 2016.

PELBART, Peter Pál. Biopolítica. **Sala Preta**, São Paulo, v. 7, n. 1, p.57-66, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/salapreta/article/view/57320/60302>>. Acesso em: 09 set. 2016.

SUPIOT, Alan. **Homo Juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. A teoria do reconhecimento. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMFMartins Fontes, 2007.

DO ABANDONO SEXUAL COMO UMA QUEBRA DOS DEVERES PARENTAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Gabriela de Moraes Rissato¹ Valéria Silva Galdino Cardin²

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar. Bolsista pelo ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Ibmeq – Damásio. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC - PR. Advogada no Paraná.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3214-7715>. E-mail: gabrielamrissato@gmail.com

² Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa, Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora da Universidade Estadual de Maringá e da Unicesumar – Centro Universitário Cesumar, Pesquisadora do ICETI, Advogada no Paraná.
valeria@galdino.adv.br

RESUMO

A família se consolidou como sendo o ambiente apto a proporcionar a troca de afeto e de experiências entre seus membros. Quando os pais exercem uma parentalidade irresponsável, violam o art. 229 da Constituição Federal e com isso, podem ser responsabilizados perante o Poder Judiciário. Dentre os deveres jurídicos que os pais possuem em relação aos filhos, o cuidado sexual é um deles, porém, muitas pessoas que possuem uma sexualidade divergente acabam não recebendo o amparo de seu núcleo familiar, são rejeitados e isso traz consequências nefastas ao seu desenvolvimento. Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental. Verificou-se que os pais que abandonam seus filhos em decorrência do exercício de uma sexualidade divergente, descumprem com os deveres jurídicos que decorrem da parentalidade e com isso, concluiu-se que à luz da responsabilidade civil, podem ser condenados a repararem *in pecunia* os danos causados por sua conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; responsabilidade civil; sexualidade.

1 INTRODUÇÃO

A família é o ambiente em que se deve proporcionar o afeto, o acolhimento e o amparo, pois conforme estabelece o art. 229 da Constituição Federal, os pais possuem “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988, s.p). Ocorre que, a sexualidade em nossa sociedade é um tabu, por isso, há a imposição de um comportamento cis-hetero-normativo. Com isso, aqueles que possuem uma sexualidade divergente precisam lidar com a violência, com o preconceito, com a discriminação e com o abandono que muitas vezes, se inicia no próprio núcleo familiar.

Diante disso, a pesquisa diz respeito à possibilidade de responsabilização dos pais ante o descumprimento dos deveres jurídicos parentais, especialmente em relação ao respeito à sexualidade de seus filhos, que é um dos direitos da personalidade, e essencial para a formação

da identidade, isso porque, a falta de amparo e acolhimento no seio familiar, ocasiona danos nefastos ao desenvolvimento dos filhos.

Neste sentido, buscou-se por meio da pesquisa, refletir acerca da seguinte indagação: Considerando que o exercício da parentalidade responsável, compreende proporcionar aos filhos o amparo material, moral, educacional, emocional, espiritual e ainda respeitar a sexualidade dos mesmos, seria possível a responsabilização civil dos pais que rejeitam seus filhos e os abandonam em decorrência da sexualidade divergente?

A fim de viabilizar a pesquisa, foram revisados livros relevantes relacionados ao tema, bem como acerca das temáticas dos direitos da personalidade, sexualidade e parentalidade responsável e ainda em relatórios e documentos de órgãos oficiais e entidades particulares, legislação nacional. Após, foi realizada investigação na base de dados Google Scholar, com as palavras-chave: “sexualidade na família”; “responsabilidade civil” e “abandono da sexualidade” em português, sendo encontrados diversos resultados acerca do tema.

2 DISCUSSÃO E RESULTADOS

Os direitos da personalidade objetivam tutelar a pessoa, a dignidade e a integridade humana, logo, não possuem um valor patrimonial e também não são palpáveis, porque são ligados ao sentimento e à intimidade humana. (CARDIN, BENVENUTO, 2013, p. 121). Logo, trata-se de um bem jurídico, oponível *erga omnes* e absoluto, que possui a dignidade humana como o fundamento para a consagração de tais direitos.

Elimar Szaniaswski explana que esses direitos estão em constante evolução, e por isso, são subjetivos, tendo em vista que a pessoa não pode aguardar o legislador tutelar direitos que não estavam previstos anteriormente no ordenamento jurídico, mas que necessitam de proteção. (SZANIASWSKI, 2005 p. 241).

Dentre os direitos da personalidade que merecem a proteção do Estado, o direito à integridade física é um deles, e ao desdobrar o estudo acerca do mesmo, verifica-se que a proteção à identidade sexual também está sob o manto desse direito. Ora, se a sexualidade é essencial para a formação e para o desenvolvimento humano, é evidente que o desrespeito a ela acarreta uma ofensa à própria integridade física. Deste modo, observa-se que ela corresponde a um dos direitos da personalidade.

Mesmo se tratando de uma característica íntima e que não interfere no dia-a-dia de terceiros uma pessoa que exerce uma sexualidade divergente, necessita lidar com dilemas na esfera pessoal, familiar, profissional, social, dentre outras. No âmbito familiar, verifica-se que muitos pais não conseguem lidar com um filho cuja sexualidade é divergente. Por isso, inicia-se um processo de abandono.

O primeiro passo para o abandono sexual se inicia com a rejeição verbal, onde são constantemente proferidas “brincadeiras” de cunho

pejorativo, que aliadas à falta de conhecimento acerca das sexualidades divergentes, dá início a um processo de reprovação social e consequentemente de degradação à saúde mental dessas vítimas, já que comentários depreciativos irão incutir nessas pessoas a ideia de que o exercício da sua sexualidade de forma divergente corresponde a algo imoral e que não será acolhido na família e tampouco na sociedade (GOMES, 2021, p. 229-231), o que evolui para a expulsão e para o abandono desta pessoa.

Os atos lesivos praticados pelos membros de uma família são mais graves em relação à mesma conduta se praticada por um estranho, isso porque presume-se que na relação familiar as pessoas estão em uma posição privilegiada em relação a terceiros, por isso justifica-se a aplicação da teoria da responsabilidade civil (CARDIN, 2012).

Nesse sentido “O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.” (STJ, 2009). Por este motivo o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos trata-se de um dever jurídico, sendo que o seu descumprimento se configura como um ato ilícito, suscetível de reparação civil (CARVALHO, 2019, p. 520).

As consequências deste desamparo são terríveis, porque, na maioria das vezes, este filho poderá evadir-se da instituição escolar, terá problemas de auto-estima, poderá se submeter a sub-empregos ou até mesmo a exploração, terá maiores chances de ser marginalizado e exposto a violência.

Deste modo, percebe-se a importância da família proporcionar aos seus filhos o diálogo, a orientação e a possibilidade de exercerem a sua sexualidade livremente, com responsabilidade e principalmente amparo, pois desta forma, estar-se-á exercendo de forma plena o princípio da parentalidade responsável.

3 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa realizada, foi possível concluir que a sexualidade é um dos direitos da personalidade porque está intimamente ligada à integridade humana. Ela é complexa pois envolve fatores biológicos, emocionais, culturais, políticos, sociais e econômicos.

Diante da importância da sexualidade para a formação da identidade humana, ela deve ser respeitada, especialmente no ambiente familiar que é o primeiro nicho social em que a pessoa é inserida e por ser o local apto para promoção do respeito, do diálogo, do afeto, do acolhimento e amparo.

Quando o núcleo familiar não é capaz de proporcionar a segurança e o amparo necessário ao filho que possui uma sexualidade divergente, e com isso o expõe à violência, ao preconceito, à rejeição e

consequentemente ao abandono, ocorre o descumprimento ao princípio da parentalidade responsável que trata-se de um dever jurídico.

O rompimento deste dever parental, pode causar danos nefastos ao desenvolvimento deste filho, e com isso, entende-se que quando restarem demonstrados os danos sofridos por este membro do núcleo familiar, justifica-se a aplicação da teoria da responsabilidade civil.

Evidentemente que proporcionar uma indenização ao filho abandonado em decorrência de sua sexualidade não irá solucionar o problema em si, porém irá possibilitar que este possa buscar tratamento psicológico e principalmente, evitar que fique à mercê de sua própria sorte, sendo muitas vezes submetido a sub-empregos e até mesmo à exploração sexual.

Diante disso, a negligência a este direito da pessoa deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário, isso porque, o exercício da sexualidade de forma livre é também uma forma de exercício da cidadania, logo, há a possibilidade deste filho abandonado sexualmente, pleitear uma indenização como forma de compensar monetariamente os danos sofridos, bem como objetiva promover a conscientização acerca da importância de proporcionar ao indivíduo que possui uma sexualidade divergente, a possibilidade de conviver em uma sociedade livre de preconceito, de discriminação e de ódio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Abandono da sexualidade: parentalidades e o dever de cuidado nas sexualidades divergentes. **Revista Pensamento Jurídico**. v. 16, n. 1. pp. 240-269 (2021). Disponível em:

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/278>. Acesso em: 15 jun. 2022.

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

POLIAMOR COMO ENTIDADE JURÍDICA: A FAMÍLIA BASEADA NO AFETO

Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Rhaquel Tessele ²

Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unicesumar. E-mail: rodrigo.valente@unicesumar.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar, UNICESUMAR - Maringá/PR. E-mail: rhaquel.tessele@outlook.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8543-7014>

RESUMO

O presente resumo busca compreender a transformação, a evolução social e o desenvolvimento do conceito de família no âmbito do direito civil constitucional, trazendo a possibilidade de atribuir natureza jurídica e proteção Estatal à prática do poliamor, fundamentada no princípio da afetividade, e, almejando reconhecer esta união como uma entidade familiar merecedora de pertencer ao ordenamento jurídico. Dessa forma, será abordado por meio da pesquisa dogmática no primeiro capítulo a contribuição da antropologia para o estudo da família e o surgimento da família eudemonista, bem como, uma noção geral sobre princípios e formas de interpretação hermenêutica e seus reflexos no direito da personalidade. O segundo capítulo aprofundará no escopo do tema mostrando os princípios indispensáveis na busca do reconhecimento do poliamor como entidade familiar. Assim, será questionado a prática da monogamia como um valor e a afetividade como o princípio fundamental para a formação da família. Por fim, será apresentado as disposições específicas acerca do tema em pauta: o poliamor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Personalidade. Família. Poliamor. Reconhecimento Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu uma evolução ao longo dos anos e permanece em constante transformação. A família nuclear tradicional, deixou de ser vista como critério obrigatório e passou a ser objeto de questionamento por parte daqueles que não se identificam com seus ditames.

Como consequência dessa evolução, surgiram modelos de famílias não- tradicionais, trazendo uma variedade de formas de constituição

familiar. Dentro desse contexto, chama-se a atenção para uma nova formação: a relação poliafetiva, caracterizada como uma forma de relacionamento em que se mantem simultaneamente relações com mais de uma pessoa, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos.

Em uma sociedade em que a regra imposta é a monogamia, aqueles que não seguem seu padrão são excluídos da proteção estatal, afastando-se o seu reconhecimento e a legitimação de sua formação.

Assim, o presente trabalho tem a finalidade de questionar, com base no princípio da afetividade, que as relações poliamorosas podem ou não serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico, garantindo-lhes todos os direitos conferidos a outras formas de famílias.

2 DISCUSSÃO E RESULTADO

O desenvolvimento constituirá na pesquisa jurídica-teórica ou conhecida como pesquisa dogmática, de caráter pluridisciplinar entre os ramos do Direito Civil, especificadamente o Direito das Famílias, e Direito Constitucional.

Primeiramente, cumpre conceituar o poliamor como um instituto que, basilarmente, dispõe acerca de um relacionamento no qual um sujeito se envolve com mais de uma pessoa e existe o consentimento e o conhecimento por todas elas acerca de suas relações afetivas (LINS, 2007, p. 339).

O poliamor pressupõe uma total honestidade no seio da relação, não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela. A idéia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. (LINS, 2007, p. 340).

Fazendo a decomposição da família nos seus mais variados elementos, combinando-os de diferentes maneiras e repensando a família dentro de uma estrutura mais ampla. Observando e analisando as novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um parâmetro ideal de família, não limitado as relações e, finalmente, trazendo à tona a família moderna, que é uma família em constante transformação.

Compreendida a transformação, a constante evolução social do conceito de família, é possível a aplicação de inúmeros princípios, variando conforme o caso concreto, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da liberdade, igualdade, da solidariedade familiar, da proteção à família, do pluralismo das entidades familiares, entre outros.

Assim, embora não exista lei específica sobre o tema, não existe um fundamento plausível para a exclusão da proteção jurídica dos modelos familiares não tradicionais existentes na sociedade moderna.

É importante ressaltar que princípios são diferentes de valores, como se perceberá. Para introduzir essa constatação, vale mencionar os ensinamentos de Ávila (2012, p. 87):

“[...] princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas a promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico, e por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas contribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

Assim, o afeto é o princípio necessário para a comunhão plena de vida entre os cônjuges/conviventes, tornando o convívio familiar mais

humano e tranquilo. Edificando então, no sistema jurídico brasileiro novos paradigmas e perspectivas dentro do Direito das Famílias.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a ausência de proteção legal aos praticantes do poliamor, o presente resumo demonstrou que existe a possibilidade de reconhecer judicialmente o poliamor, bem como ter seus efeitos regulados, a partir das normas jurídicas e do atual cenário do Direito das Famílias.

O estudo da Antropologia faz o estudo e a análise das novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um “parâmetro ideal” de família. Reconhecer o poliamor juridicamente significa respeitar a primazia de seus componentes em detrimento de qualquer dogma do Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana, não só possibilita, mas sobretudo, obriga esse reconhecimento, que implicará uma verdadeira promoção da dignidade de seus praticantes, na medida em que estes deixarão de estar à margem da proteção normativa e ingressarão no mundo da segurança jurídica.

Não é mais possível que continuem a negar direitos fundamentais a sujeitos que constituem arranjos familiares fundados no afeto, no respeito mútuo, na confiança, na honestidade e na solidariedade. O Direito não pode chancelar injustiças, ainda que seja preciso flexibilizar comandos jurídicos. Regras, princípios e valores podem ser flexibilizados, mas a felicidade e a dignidade do ser humano não. O Direito não existe apenas para garantir a observância estrita de regras e princípios, mas para assegurar a fruição de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 mai. 2020.

. Planalto. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 07 mai. 2020.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda**: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo. Rio de Janeiro: Ed. Best Seller Ltda, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Uma principiologia para o direito de família**. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Leituras complementares de direito civil: direito das famílias. Salvador: Juspodivm, 2010.

A VULNERABILIDADE DOS BENEFICIÁRIOS DIANTE DO DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO

Tâmi Cristiane de Souza Telles²⁰, Cleber Sanfelici Otero²¹

¹Mestranda em Ciências Jurídicas na UniCesumar – Maringá-PR; Pós-graduada em Direito Previdenciário pelo Damásio Educacional. Advogada. E-mail: tamidesouzatelles@hotmail.com

²Orientador, Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela ITE, Bauru/SP. Professor nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UniCesumar, de Maringá-PR. Professor do Curso de Especialização em Direito Previdenciário da UEL, Londrina/PR. Juiz Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7156277822751107> E-mail: cleber.otero@unicesumar.edu.br

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é observar as consequências do dano moral previdenciário em face dos beneficiários, quando o INSS comete um grave erro no gerenciamento administrativo dos benefícios. Um ato nocivo fere o direito fundamental social de acesso à verba de caráter alimentar e lesa direitos da personalidade como, vida, liberdade, nome, integridade psíquica e física do beneficiário, pois esse fica à mercê da caridade de terceiros e em processo de exclusão social. Assim, o dano moral previdenciário e as consequências do ato ilegal conduz o beneficiário à situação de vulnerabilidade, a qual pode ser agravada por condições personalíssimas do beneficiário, como condição de ser pessoa idosa, com doença, analfabeta. Sendo assim, o dano moral previdenciário coloca o beneficiário em situação de vulnerabilidade, conflitando com os ideais de proteção social da previdência e assistência social, que tem como principal função conceder uma vida digna. O resgate da dignidade do beneficiário ocorre com a condenação da autarquia em danos morais pelo Poder Judiciário. A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa sobre a situação de vulnerabilidade que o beneficiário sofre em decorrência do dano moral previdenciário, o trabalho foi realizado com a utilização de dissertações, artigos, doutrinas, por meio de uma revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Dano Moral Previdenciário; Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); Vulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o órgão responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários e assistenciais, respondendo à autarquia de forma objetiva pelos seus atos (art. 37, § 6º da CRFB/88).

Os benefícios previdenciários e assistenciais têm caráter de verba alimentar e a finalidade de cumprir o disposto na Ordem Social (art. 193 da

CRFB/88), a fim de resguardar os beneficiários de contingências (idade avançada, doença, morte) e protegê-los do estado de necessidade e vulnerabilidade.

No âmbito administrativo do INSS, quando há muitos indeferimentos e suspensões indevidas de benefícios realizada de forma equivocada, evidenciado o nexo causalidade com as condutas danosas por parte do INSS para com seus destinatários, tem-se a constatação do Dano Moral Previdenciário (Martins, 2020).

O erro administrativo da autarquia federal provoca um atentado ao direito fundamental social (de acesso a uma verba de caráter alimentar), além disso, atinge mais de um dos direitos da personalidade como, vida, liberdade, nome, saúde, integridade psíquica e física e, como consequência, coloca o beneficiário em situação de vulnerabilidade. A situação desqualifica a principal função da Previdência Social, a qual é a de oferecer proteção contra diversas contingências e da Assistência Social, a qual é proteger os beneficiários em situações de vulnerabilidade social.

As necessidades humanas tornam-se elementos dogmáticos cada vez mais relevantes à proteção dos sujeitos vulneráveis à medida que se aproximam da dignidade humana. A condição de vulnerabilidade pode estar relacionada ao fato de um dos sujeitos ser analfabeto, idoso, doente, estrangeiro, mas também estar ligado às situações jurídicas existenciais, como em uma relação contratual cujo objeto está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual se dá na compra de um remédio essencial à cura de uma doença, por exemplo, ou ainda, a satisfação do direito à moradia, transporte, dentre outros (MENEZES, 2016).

O trabalho visa demonstrar que o erro administrativo da autarquia fere um direito fundamental social de acesso à verba de caráter alimentar e também lesa direitos da personalidade, como a vida, a liberdade, o nome, entre outros. O dano moral previdenciário, como consequência, coloca o beneficiário em situação de vulnerabilidade, a margem da sociedade, situação que conflita com os ideais de proteção social da previdência e assistência social. O resgate da dignidade humana do beneficiário ocorre por da condenação da autarquia, no Poder Judiciário, em indenização de danos morais.

Neste sentido, o trabalho justifica-se para demonstrar que o dano moral previdenciário fere a dignidade humana e acarreta situação de vulnerabilidade, contrariando o papel da autarquia que é garantir a proteção social a pessoas em estado de necessidade ou vulnerabilidade.

2. DISCUSSÕES E RESULTADOS

A seguridade social (art. 194, caput, da CRFB/88) foi criada para dar amparo social aos beneficiários e a sua família, quando da ocorrência de riscos sociais ou contingências. Sobre riscos sociais, em uma definição clássica embasada no conceito de seguro, proporciona segurança às adversidades da vida. Coimbra (2001, p. 17) afirma que: “Risco é um evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado”.

Sob outra perspectiva, a palavra contingência é uma definição mais correta, por ser uma expressão técnica, diz respeito a algo que pode ou não ocorrer, a palavra “risco” tem sentido genérico, que lembra o seguro privado, como consta na citação de Coimbra. A palavra contingência é mais precisa e refere-se ao sistema de seguridade social (MARTINS, 2005).

A contingência é um fato ou acontecimento, o qual provoca um desajuste nas condições normais da vida do beneficiário, ameaça a condição econômica do indivíduo e a sociedade, como consequência o coloca na impossibilidade ou incapacidade de trabalhar ou exercer suas atividades habituais.

Segundo Vianna (ajunda Horvath Júnior, 2014, p. 5), a “Seguridade Social é um sistema em que o Estado garante a libertação da necessidade”. Isso porque a Seguridade Social tem por finalidade propiciar ao beneficiário uma melhor gestão dessa situação de vulnerabilidade/necessidade, a qual a contingência o coloca. Cabe ao INSS agir com cautela e zelo na concessão dos benefícios, pois esses asseguram uma vida digna aos beneficiários.

Quando o INSS comete um vício ou um erro administrativo grave que impede o beneficiário de receber o seu benefício de forma ampla e irrestrita, a situação gera dano moral previdenciário, ferindo o direito fundamental social do beneficiário de ter acesso à verba de caráter alimentar cuja finalidade é prover uma vida digna ao beneficiário quando esse está enfrentando uma contingência.

O ato nocivo promove também um dano na esfera dos direitos da personalidade do beneficiário, como, vida, liberdade, honra, nome, integridade psíquica e física. Pois, um beneficiário sem acesso ao seu benefício fica à mercê da caridade alheia, na humilhante situação de não poder ter acesso a alimentos, medicamentos, moradia, impossibilitado de ter acesso a livre locomoção, sujeito a negatização do nome, na cruel situação de estar em um processo de exclusão social, vil estado de vulnerabilidade, enfim desprovido ter uma vida digna (art. 1º, III, CRFB/88).

O erro administrativo da autarquia federal gera dano moral previdenciário, fere o direito fundamental social de acesso aos benefícios e os direitos da personalidade, como resultado coloca o beneficiário em uma situação de vulnerabilidade. Configurado o dano moral previdenciário cabe a autarquia indenizar o beneficiário em danos morais. Nota-se que certos

requisitos próprios do beneficiário podem inseri-lo em um duplo ou triplo estado de vulnerabilidade, por exemplo, se o beneficiário é uma pessoa idosa, doente, analfabeta, seu estado de vulnerabilidade torna-se mais sensível do que outros sem esses critérios. Porém, independentemente desses critérios, o fato de o beneficiário estar nesse estado de vulnerabilidade desqualifica a principal função da previdência e assistência social que é proteger os beneficiários das situações de necessidade e vulnerabilidade social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previdência e assistência social visa acolher aos beneficiários quando esses estão em estado de necessidade e vulnerabilidade social, em razão de uma contingência. O benefício concedido pela autarquia tem como finalidade oferecer segurança quando o beneficiário está enfrentando uma contingência e promover uma vida digna.

Quando o INSS comete um grave erro administrativo na gestão dos benefícios, estamos diante do dano moral previdenciário. O ato nocivo fere um direito fundamental social de acesso ao benefício previdenciário, o qual é uma verba de caráter alimentar, além disso, o ato ilegal gera dano na esfera dos direitos da personalidade do beneficiário, como vida, saúde, honra, nome, integridade psíquica e física, conteúdos mínimos para uma existência digna.

O beneficiário sem o seu benefício torna-se dependente do auxílio financeiro de terceiros, enfrenta a humilhante situação de não ter acesso a alimentos, medicamentos, moradia, livre locomoção, suscetível de ter o seu nome negativado. Fica a margem da sociedade em evidente estado de vulnerabilidade.

Essa situação de vulnerabilidade pode ser agravada por certos critérios personalíssimos do beneficiário, como, pessoa idosa, doente, analfabeta. Indepe de desses critérios específicos, o estado de vulnerabilidade é evidente e consequência do grave erro da autarquia, desvirtua todo o sistema protetivo da previdência e assistência social que é proteger os beneficiários das situações de necessidade e vulnerabilidade social. O resgate da dignidade humana do beneficiário ocorre no Poder Judiciário por meio da condenação da autarquia em pagamento de danos morais previdenciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

MARTINS, Flávia Lara. **Dano moral no direito previdenciário: a responsabilidade civil do INSS como garantia e proteção dos direitos sociais**. 2020. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira de et al. **Contratos existenciais: revisitando os elementos contratuais à luz de uma hermenêutica emancipatória**. 2016. 220f. Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal de Uberlândia.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Atlas 2014.