

# DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

Carlos José Pacheco  
Claudia Maria Gil Silva  
Úrsula Adriane Fraga Amorim  
Pablo Jiménez Serrano

ORGANIZADORES



Carlos José Pacheco  
Claudia Maria Gil Silva  
Úrsula Adriane Fraga Amorim  
Pablo Jiménez Serrano

(Organizadores)

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

2018  
FOA

**FOA****Presidente**

Dauro Peixoto Aragão

**Vice-Presidente**

Eduardo Guimarães Prado

**Diretor Administrativo - Financeiro**

Iram Natividade Pinto

**Diretor de Relações Institucionais**

José Tarcísio Cavaliere

**Superintendente Executivo**

Jairo Conde Jogaib

**Superintendência Geral**

José Ivo de Souza

**Relações Públicas**

Maria Amélia Chagas Silva

**UniFOA****Reitora**

Claudia Yamada Utagawa

**Pró-reitor Acadêmico**

Carlos José Pacheco

**Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação**

Alden dos Santos Neves

**Pró-reitor de Extensão**

Otávio Barreiros Mithidieri

**Comissão organizadora**

Profa. Dra. Úrsula Adriane Fraga Amorim

Profa. Dra. Claudia Maria Gil Silva

Prof. Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano

Prof. Dra. Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino

Profa. Dra. Aline Caldeira Lopes

Prof. Dr. Daniel Ferreira Jordão

**Editora FOA****Editor chefe**

Laert dos Santos Andrade

Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA -  
Campus Olezio Galotti - Três Poços

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325

Três Poços, Volta Redonda /RJ /

Tel.: (24) 3340-8400 – ramal 8350

[editora.unifoa.edu.br](http://editora.unifoa.edu.br)

**FICHA CATALOGRÁFICA**

Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316

S612s      Direitos, democracia e sustentabilidade nas sociedades contemporâneas [recurso eletrônico]. / Organizado por Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil Silva; Úrsula Adriane Fraga Amorim; Pablo Jiménez Serrano. – Volta Redonda: FOA, 2018. 358 p.

ISBN: 978-85-5964-119-6

1. Direito. I. Pacheco, Carlos José. II. Silva, Claudia Maria Gil. III. Amorim, Úrsula Adriane Fraga. IV. Serrano, Pablo Jiménez. V. Fundação Oswaldo Aranha. VI. Título.

CDD – 340

## Sumário

**A acreditação hospitalar como forma de garantir a implantação da acessibilidade de pessoas com deficiência visual em hospitais privados ..... 7**

Bárbara do Amaral Garcia

**A relevância e aplicação prática da desconsideração da personalidade jurídica no direito de família ..... 16**

Juliani Moraes Vieira Cezar, Luis Felipe Lima Machado da Silva.

**Responsabilidade civil de terceiro que impede decisão judicial autorizando antecipação terapêutica ..... 25**

Jordan Reis da Silva, Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

**"Da lama ao caos": o direito fundamental ao trabalho sob a luz da teoria crítica do direito e da teoria crítica dos direitos humanos..... 43**

Carla Appolinário de Castro, Mariana de Freitas Barros Souza

**Perspectivas biotecnológicas na pós-modernidade: a irrenunciabilidade dos princípios bioéticos nas pesquisas genéticas ..... 51**

Luiz Claudio Gonçalves Junior, Cíntia Marques Carvalho

**Pesquisas com seres humanos e seus limites legais: eugenia e direitos humanos em evidência ..... 63**

Luiz Claudio Gonçalves Junior, Patrícia de Fátima S. Perino

**Tendências contemporâneas do poder judiciário brasileiro: a judicialização da política e a invocação aos princípios ..... 77**

Annalice Oliveira Azevedo Baldini Figueira

**O menor e a sua relação com o futebol: forma de inclusão ou exclusão social? ..... 95**

Bruno Washington Ribeiro, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

**A (re) construção da identidade: do uso do nome social à alteração do registro civil de nascimento das pessoas trans e travestis ..... 111**

Amanda Moreira do Nascimento, Jordana Prata Silva, Laura Cardoso, Mariana Cesar de Carvalho, Daniele Ribeiro do Val de Oliveira Lima Santa Barbara, Dário Aragão Neto

**Análise qualitativa da proposta de reforma legislativa da viii jornada de direito civil diante da superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. .... 120**

Alexandre Hiromitsu Hamasaki, Caroline Garcia Ermano, Patrícia Silva Cardoso

**Dossiê Mulher 2018: A violência de gênero em números na região Sul Fluminense.**

..... 135

Arianne de Souza Mendonça Barbosa, Natália de Barros Loio Miguel

**Ideologia de gênero nas escolas: uma análise empírica contemporânea ..... 153**

Bruna Pedroso de Oliveira Hernandez, Stella Mendes de Castro Reis

**A política criminal de drogas como causa das falhas de segurança pública e do sistema prisional ..... 173**

Matheus Teixeira Moreira

**A conjuntura do sistema prisional feminino e os impactos do HC nº 143.641 ..... 182**

Gabriela Silva Medeiros, Mariana Caitano Polegario Lima

**Candomblé: uma reflexão crítica a respeito do sectarismo religioso ..... 195**

Camila Oliveira de Souza, Izabella Nery Pignata Bonfim, Laryane Vicente de Campos

**O direito ao trabalho das pessoas com deficiência e as ações afirmativas - A aplicabilidade das cotas de emprego ..... 213**

Sandrina de Azevedo Oliveira, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

**Autonomia da vontade da Fazenda Pública em celebrar Negócios Jurídicos Processuais ..... 228**

Alda Aparecida de Oliveira Rodrigues, Carla Micheli Batista da Silva, Rafaela Guedes Moreira Pinto, Gabriela Quinhones de Souza

**A utilização das penalidades processuais como ferramenta para celeridade 243**

Claudia Regina Lemos Pereira, Gabriela Quinhones de Souza

**Direito ao aborto: a interferência do direito penal na autonomia privada da mulher ..... 261**

Flaiza Sampaio Silva

<b>O servidor público e a competência da justiça do trabalho diante da interpretação do STF à emenda constitucional 45 de 2004 .....</b>	<b>273</b>
Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves; SILVA, D. C. C.; SILVA, D. B.; RAPOSO, A. L. L.	
<b>O conflito entre a soberania nacional e a livre iniciativa à luz da ACO nº 2.463/DF e da ADPF nº 342 .....</b>	<b>280</b>
Larissa Aline Lopes Damasceno, Marcela Capato Guimarães, Patrícia Silva Cardoso	
<b>A Instrução Normativa nº 88/2017: quando a norma regulamentar se torna criação do direito? .....</b>	<b>293</b>
Patrícia Silva Cardoso, Gabriela Sampaio Pinto, Thaís Rezende Badaró	
<b>Animais não humanos: sujeito/objeto de direito, a Emenda Constitucional nº. 96/2017 e seu rompimento com a barreira do retrocesso.....</b>	<b>307</b>
Letícia Landim Carvalho, Roberta Aline Oliveira Guimarães	
<b>Diálogo entre os direitos humanos e a democracia.....</b>	<b>321</b>
Pablo Jiménez Serrano	
<b>A narrativa jurídica e a não neutralidade enunciativa.....</b>	<b>339</b>
Claudia Maria Gil Silva	

# A acreditação hospitalar como forma de garantir a implantação da acessibilidade de pessoas com deficiência visual em hospitais privados

Bárbara do Amaral Garcia<sup>1</sup>  
Maxwell de Souza Alves <sup>2</sup>

## Resumo:

Trata o presente estudo da acreditação hospitalar como forma de garantir a implantação da acessibilidade de pessoas com deficiência visual em hospitais privados e tem por objetivo demonstrar o poder que a acreditação hospitalar possa exercer sobre as instituições hospitalares privadas, visando a excelência na qualidade do serviço prestado, principalmente as pessoas com deficiência visual no que se refere a acessibilidade e mobilidade deste público em suas instalações. O tema se apresenta como relevante, pois se acredita que o processo de certificação hospitalar, pode garantir às pessoas com limitação visual, em qualquer nível, seus direitos estabelecidos em leis, portarias e resoluções normativas existentes no Estado bem como na própria Constituição Federal. Tendo em vista que as instituições privadas estão cada vez mais investindo nos seus profissionais, na qualidade de seus serviços para que possam promover aos seus clientes a excelência na qualidade do seu produto ofertado, mediante a concorrência abundante no mercado, a melhoria contínua se faz necessária para que esta se mantenha ativa e sustentável. Para o alcance dos objetivos propostos optou-se por realizar pesquisa bibliográfica e documental.

## Palavras-chave:

Acreditação. Acessibilidade. Deficiente visual.

---

<sup>1</sup> Pós graduando em Administração e Auditoria Hospitalar. Graduado em Gestão tecnológica em Logística.

<sup>2</sup> Pós-graduando em Administração e Auditoria Hospitalar. Graduado em Administração de Empresas.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como tema “a acreditação hospitalar como forma de garantir a implantação da acessibilidade de pessoas com deficiência visual em hospitais privados”,

Nesse contexto, o objetivo principal deste estudo é investigar e demonstrar a importância que a acreditação hospitalar pode exercer sobre os hospitais já acreditados, e ainda aos demais que possam a vir buscar a certificação, em relação à avaliação e garantia da acessibilidade e cumprimento das leis e regras existentes para a inclusão e socialização das pessoas com deficiência visual sejam cumpridas em todo ambiente hospitalar. Mesmo não tendo caráter punitivo e de fiscalização, acredita-se que o tema é relevante, pois entende-se que a acreditação hospitalar pode contribuir com a melhoria contínua da qualidade do serviço prestado por vários aspectos e com isso as melhorias de acesso a esse público se faz necessário.

A escolha deste tema se deu pela vivência na área de atendimento hospitalar e ainda nesta problemática por um dos autores ser uma pessoa com deficiência visual, ao qual se levou ao interesse de pesquisar sobre os direitos que possui referente à acessibilidade no ambiente hospitalar, e ainda, vislumbrar uma possível forma de efetivar estes direitos.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa e revisão bibliográfica, realizada a partir de análise por meio eletrônico com artigos, sites e revistas, que enfatizaram textos relacionados às pessoas com deficiência visual e principalmente com foco em informações que elevasse o conhecimento na área de acessibilidade. Além disso, recorreremos à pesquisa documental, a partir do acesso a documentos públicos disponibilizados pela ONA, bem textos normativos.

## 2. A acreditação hospitalar: conceito, níveis e procedimentos.

A acreditação hospitalar é um processo de busca da excelência da qualidade do serviço prestado pelas instituições de saúde e no Brasil iniciou se anterior a criação formal da ONA (Organização nacional de Acreditação) no ano de 1999, onde reuniu profissionais que se mantiveram unidos por muitos anos nesta organização, antes e após sua criação.

Na década de 1990, instituições de saúde e governos começaram a se preocupar fortemente com a avaliação dos serviços oferecidos à população. Foi nesse período que surgiram as primeiras iniciativas regionais de acreditação e o Manual de Acreditação de Hospitais para América Latina e Caribe, publicado pela Federação Brasileira de Hospitais, Federação Latino-americana de



Com efeito, a acreditação hospitalar se define como um sistema de avaliação e certificação da qualidade de serviços de saúde, tendo um caráter educativo, voltado para a melhoria contínua, sem finalidade de fiscalização ou controle oficial/governamental.

A acreditação não deve ser confundida com os procedimentos de licenciamento e ações típicas de Estado, sua finalidade é puramente de avaliação da qualidade e até mesmo de auxílio na gestão da instituição mostrando fraquezas e ameaças no ambiente em que atua e ainda fornece instrumentos que possibilita a redução de custo pela diminuição de desperdícios de materiais, fornece um progresso no entendimento estratégico e métodos de melhorias nos resultados institucionais. Essa avaliação é feita por instituições acreditadoras credenciadas pela ONA (Organização Nacional de Acreditação).

O processo de acreditação é feito por três princípios fundamentais, sendo o primeiro o voluntarismo, pois é feito por escolha da organização de saúde, o segundo sendo periódico, pois a avaliação das organizações de saúde para certificação e durante o período de validade do certificado e, por fim, é reservado, ou seja, as informações coletadas em cada organização de saúde no processo de avaliação não são divulgadas.

Este processo de certificação passa por três níveis: O primeiro nível é denominado como "Acreditado". Este nível é válido por dois anos e para se ter este selo, a instituição deve atender ao critério de segurança aos pacientes no que se diz respeito aos aspectos estruturais e assistenciais. Logo, o segundo nível intitulado como "Acreditado pleno", possui a validade de dois anos e tem a característica de se avaliar a integração entre as áreas por meio de fluidez na comunicação sistêmica e dos processos, tendo assim uma gestão integrada além de atender aos critérios de segurança avaliados no nível anterior. Por fim, o terceiro nível chamado de "Acreditado com excelência", diferencia dos níveis anteriores pois possui, a validade de três anos, neste nível a instituição avaliada já deve se apresentar de uma maneira mais madura, apresentar uma cultura organizacionais de melhoria contínua dos seus processos além de manter a qualidade da certificação já adquirida nos níveis um e dois. O nível três é o mais alto, no entanto, para adquirir este selo a instituição deve se ter excelência na área de gestão. (ONA, 2014).

As instituições de saúde cada vez mais preocupadas com sua sustentabilidade no mercado, veem na qualidade de serviço ofertado, um mecanismo forte para se manter ativa, tendo em vista que as pessoas são cada vez mais exigentes quando se refere a qualidade. Com a possibilidade de se buscar uma certificação tornando assim um diferencial no ambiente em que se encontra no mercado local, as instituições privadas de saúde, investem muito

na qualificação de seus profissionais, qualidade de bens materiais e serviços oferecidos e na contratação de empresas certificadas para que possam ter a tão sonhada e desejada certificação.

### **3. Pessoas com deficiência visual: considerações sob a ótica do estatuto da pessoa com deficiência.**

Conforme estabelecido pela literatura médica, é considerado cego ou de visão subnormal aquela pessoa que apresenta desde ausência total de visão até alguma percepção luminosa que possa determinar formas a curtíssima distância (MENISCAL CONDE. 2012).

Deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores. (BRASIL, 2006).

A lei nº 13.146, diferente da descrição técnica médica, sobre a definição de pessoa com deficiência visual, explica minimamente suas particularidades para que não haja conflito no entendimento, bem como apresenta diferentes interpretações sobre o assunto. Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que se refere ao cumprimento de acordos estabelecidos em Convenções sobre Direitos Humanos e os direitos da pessoa com deficiência, verifica-se que estes devem ser atribuídos com isonomia, efetivando-se assim os denominados direitos civis, políticos e humanos, sem distinção de qualquer espécie.

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 1988).

O reconhecimento dos direitos humanos e sociais das pessoas com deficiência, que foi disseminado no início do século XX, visto, até então, como pessoas incapazes para o trabalho e para os afazeres diários. Essas pessoas acabaram conquistando, após alguns anos de luta, o respeito devido como pessoas humanas e como cidadãos, para que também pudessem construir um

futuro melhor, digno e mais justo, sem o preconceito, discriminação e a indiferença até então vitimados.

### **3.1. O estatuto da pessoa com deficiência em linhas gerais**

No ano de 2015 foi sancionada a Lei de Inclusão Social de nº 13.146, o "Estatuto da pessoa com deficiência, no qual foi apresentado pelo então Senador Paulo Paim no ano de 2000 e após 15 anos a Lei foi sancionada. O objetivo desta Lei era beneficiar mais de 46 milhões de brasileiros nas diversas áreas, saúde, educação, trabalho, habitação e reabilitação, transporte, turismo, lazer e acessibilidade em todos os aspectos, no entanto com o passar dos anos, o número de beneficiário, com certeza, aumentou significativamente porém a garantia dos direitos das pessoas com deficiência na lei discriminados, foi proporcionalmente elevada tendo em vista o conhecimento e o fácil acesso a este conteúdo por parte da população. O estatuto prevê em seu artigo 1º que promove em igualdade os direitos fundamentais visando a inclusão social e de cidadania, ainda em seu artigo 2º, traz como definição clara sobre a pessoa com deficiência.

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

A lei de inclusão aqui citada permite que todas as pessoas com deficiência tenha seus direitos adquiridos e preservados permitindo assim que possa ter uma vida igualitária e mais humanística na sociedade atual, foi criada para complementar os direitos fundamentais garantidos por nossa carta magna que é a Constituição da República Federativa do Brasil criada em 1988 e até então vem sendo complementadas por várias ementas parlamentares, decretos e estatutos os quais não violam as leis nela existente e sim, amplia e detalha seus princípios, deixando os direitos nela assegurados muito mais absorvidos pela sociedade.

## **4. Acreditação hospitalar e qualidade na prestação de serviço: inclusão de pessoas com deficiência visual?**

Para compreensão do tema, faz-se necessário um melhor entendimento de alguns conceitos iniciais. A ausência de visão na relação com o mundo, para as pessoas com visão normal, é um desafio, tendo em vista que existe uma enorme distância entre a existência e a perda de algo no qual a vivência dos fatos levam as pessoas a entenderem melhor a situação em que o outro se encontra. Desde o início da vida, criamos correlações entre os objetos,

conceitos e sentidos visuais, já que possuímos a visão em totalidade (exceto as pessoas com cegueira congênita). Os deficientes visuais possuem uma privação sensorial que é a ausência de visão total ou parcial, esta privação poderá limitar as possibilidades de desenvolvimento e relacionamento com o mundo externo (AMIRALIAN, 1997).

As pessoas com deficiência visual utilizam meios não usuais para estabelecer relações com pessoas e objetos que fazem parte do cotidiano. A ausência da visão também reflete na estruturação do sujeito, tanto nos processos cognitivos como na sua constituição psicológica, no entanto, seja qual for seu grau de limitação visual, essas pessoas podem possuir uma carência de inclusão na sociedade no que diz respeito a acessibilidade e mobilidade diária, não sendo diferente nas redes hospitalares. O art. 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência conceitua acessibilidade. *In verbis*:

Quando falamos de inclusão, faz-se necessário pensar em locais, ambientes acessíveis ao qual simboliza territórios adequados à circulação e utilização de qualquer pessoa sem nenhum tipo de discriminação. O movimento da acessibilidade ganha força a partir do ano de 1981 quando a Organização das Nações Unidas (ONU) declararam o Ano Internacional dos Portadores de Deficiência.

Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL, 2015).

No ano de 2004 foi criado a NBR9050 pela ABNT, no qual trata se de Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos, que tem como objetivo estabelecer critérios e parâmetros técnicos mínimos a serem observados quando do projeto de construção, instalação e adaptação de edificações. (ABNT, 2004).

A acreditação hospitalar tem evoluído seus processos continuamente para dar conta de alcançar com excelência seus objetivos. Apesar de não evitar a ocorrência de erros na gestão da instituição, no qual, tem sido uma oportunidade para melhorar a qualidade do atendimento, atenção e cuidado ao paciente. Identifica-se a necessidade de uma mudança cultural nas organizações em relação, a qualificação dos profissionais, liderança, comprometimento, dentre outros fatores, para adesão e sucesso do processo. (OVREITVEIT; GUSTAFSON, 2002; MACINATI, 2008).

O nível I do processo de Acreditação hospitalar, avalia toda parte estrutural da instituição. As estruturas são toda a parte física, o hardware, ou seja, os prédios, os equipamentos, toda a parte física envolvida na prestação de serviços, além dos recursos humanos e organizacionais (NEVES, p. 05).

Tendo em vista que a necessidade das pessoas com deficiência visual em relação a sua locomoção e acessibilidade no ambiente hospitalar, vai muito além dos equipamentos e recursos já existentes, bem como: as rampas de acesso e elevadores, em alguns casos pode ocorrer descumprimento das legislações já mencionadas neste capítulo, sendo que este público não possui a exigência ou a necessidade de sempre ser acompanhado em seus atendimentos pela falta de recurso necessário a sua integração com o meio.

Nos casos de pessoas com deficiências visuais com pouca restrição, conhecido como visão subnormal, os recursos já existentes nas instalações hospitalares se tornam as com menor relevância, nestes casos, as sinalizações com fontes em tamanho e cores mais visíveis e, letreiros amplos, faixas antiderrapantes são alguns dos itens mais necessários, além de ser prioritária a sinalização audiovisual, cabendo está para qualquer tipo de deficiência visual, em todo o ambiente hospitalar e na sua trajetória dentro da repartição a fim de que garanta seu acesso rápido e livre ao atendimento que deseja. (Carvalho, M.L.B. - Visão subnormal: orientações ao professor do ensino regular, 1994).

Nem sempre a pessoa com deficiência visual precisa de ajuda, mas para iniciar o atendimento ou conversa, toque em seu braço, identifique-se, faça-a perceber que você está falando com ela e ofereça seu auxílio. Nunca ajude o cliente com deficiência visual, sem perguntar antes como deve fazê-lo. (SEBRAE-SP, p.49).

A inexistência da acessibilidade e mobilidade ou a sua insuficiência, pode ser muita das vezes substituída por um bom atendimento, acolhimento e reconhecimento da incapacidade física do paciente dentro de suas atribuições no ambiente hospitalar, tendo em vista que, a avaliação concedida pelas instituições acreditadoras no processo de certificação, somente avalia a funcionalidade das instalações e edificação existente e oferecida ao paciente, com isso, as necessidades individuais dos pacientes serão sanadas a medida que a organização de saúde perceba a necessidade de adequação para atingir a excelência na qualidade e prestação de serviço para todos sem distinção.

## **5. Conclusão**

Como destacado nos capítulos anteriores, a cegueira tem sido pensada unicamente pela falta e pela incapacidade. Isso é evidenciado no susto e na admiração das pessoas ao se depararem com algumas habilidades cotidianas de indivíduos cegos, isso tem agravados certos preconceitos que desmotivam

pessoas com deficiência nesse meio, mais também tem a parte boa em que se enquadram essas pessoas que se destacam às vezes até na liderança de um setor, sendo assim as empresas hoje em dia tem que fugir desse tabu que é o preconceito de pessoas com deficiência.

As pessoas que não possuem deficiência visual precisam entender a realidade deste público, com mais empatia e sensibilidade do sofrimento alheio, somente desta forma, a capacidade de adequação, gerenciamento e aplicabilidade dos recursos que realmente impactarão positivamente no dia a dia dessas pessoas com limitação visual, será feito em sua plenitude, dando certa motivação para que essas pessoas sejam integradas mais no mercado de trabalho.

Os resultados mostraram que a acreditação hospitalar tem capacidade de gerar melhorias organizacionais quanto à gestão de processos, ao aumento da segurança, aos pacientes, ao desenvolvimento dos profissionais de saúde e contribui também para a melhoria de imagem pública dos hospitais acreditados, bem como encontram as dificuldade em estabelecer a cultura organizacional em prol da qualidade e também na redução da rotatividade dos profissionais. A gestão da qualidade hospitalar, no que diz respeito à fundamentação de tomadas de decisão mais assertivas, especialmente para aqueles que almejam a implantação da Acreditação e, assim, possam favorecer a cultura organizacional e a permanência dos trabalhadores, previamente e ao longo de todo o processo de certificação.

Sendo assim, as instituições de saúde têm investido muito na qualidade do serviço prestado, pois isso hoje seria um aliado para a competitividade no mercado.

A pesquisa feita para a elaboração deste trabalho comprovou que existem várias legislações, portarias, e normas reguladoras que favorecem a implantação e cumprimento da acessibilidade, para as pessoas portadoras de necessidades especiais, porém, nenhum documento pesquisado se obteve uma informação concreta de que estas normas seriam um dos requisitos fundamentais para que a organização de saúde obtenha a tão sonhada certificação no processo de acreditação hospital. Dentro do processo de acreditação hospitalar, a organização de saúde passa por uma rigorosa avaliação de suas instalações, mais essa inspeção somente evidência a qualidade da implantação e seu funcionamento, neste processo a implantação e cumprimento de leis, normas e seu funcionamento adequado fica por conta do governo que se estabeleceu as legislações vigentes.

O estatuto da pessoa com deficiência somente foi sancionado 15 anos após o surgimento da acreditação hospitalar no país, bem como a ANBR 9050 que foi criada em 2004 tratando-se das normas de edificações.

Com isso, conclui-se que a acreditação hospitalar e um processo insuficiente e ineficiente para a garantia da implantação da acessibilidade e

mobilidade das pessoas com deficiência visual dentro das instituições de saúde.

## **Referências**

AMIRALIAN, M. L. T. M. Compreendendo o cego: uma visão psicanalítica da cegueira por meio de desenho-estórias: São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 9050: Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos. Rio de Janeiro, 2015.

BONATO, 2007; PERTENCE; MELLEIRO, 2010; JOINT COMMISSION, 2011).

BRASIL. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de junho de 2015. Seção 1, p. 2-11.

BRASIL. Decreto 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2004. Seção 1, p. 5-10.

CARVALHO, M.L.B. - Visão subnormal: orientações ao professor do ensino regular, 1994. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/202878/1/S0004-27492001000100009.pdf> Acesso: 16 de junho 2018.

NEVES, Marco Aurélio Borges. Avaliação da qualidade da prestação de serviços de saúde. III CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 2010. [http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_9/avaliacao\\_da\\_qualidade\\_da\\_prestacao\\_de\\_servicos\\_de\\_saude.pdf](http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/avaliacao_da_qualidade_da_prestacao_de_servicos_de_saude.pdf). Acesso em: 30 de junho 2018 .

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Como Atender o Cliente com deficiência. [http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/canais\\_adicionais/o\\_que\\_fazemos](http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/canais_adicionais/o_que_fazemos) Acesso em: 14 de julho 2018.

## A relevância e aplicação prática da desconsideração da personalidade jurídica no direito de família

Juliani Moraes Vieira Cezar<sup>1</sup>;  
Luis Felipe Lima Machado da Silva<sup>2</sup>.

### Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo explorar a desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no direito de família. Frequentemente, tem se encontrado indivíduos que, buscando preservar seu patrimônio, desviam o mesmo e o resguardam na sociedade empresária, com o objetivo de impedir que o parceiro(a) não obtenha parcela patrimonial. Tal saída era possível devido ao fato de que na empresa, o patrimônio do sócio é separado da sociedade, sendo esta dotada de autonomia. Diante de tal situação, o tema foi amplamente discutido, buscando uma solução para tampar tal brecha, tendo como resultado a desconsideração inversa. A presente pesquisa busca demonstrar a relevância de tal aplicação, como maneira indispensável de se fazer cumprir de maneira correta o regime de casamento, evitando fraude. Como metodologia foi utilizada pesquisa documental e jurisprudencial, a fim de encontrar os atuais posicionamentos de magistrados e doutrinadores acerca do tema, como Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce e outros, destacando a relevância de tal medida. Concluiu-se a importância de atentar para atos fraudulentos no direito de família, sendo vital a aplicação de tal instituto para garantir o acesso justo ao patrimônio construído durante o casamento.

### Palavras-chave:

Desconsideração. Família. Meação. Fraude.

---

<sup>1</sup> Graduanda no Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

<sup>2</sup> Graduando no Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.



## 1. Introdução

O presente trabalho tem como tema a desconsideração inversa da personalidade jurídica, sendo aplicada no direito de família em processos de meação. Ocorre, principalmente, quando uma das partes do processo busca fraudar a separação de bens e manter seus bens sob sua posse.

As questões que nortearam este trabalho foram as seguintes:

- O que seria, de fato, a desconsideração inversa da personalidade jurídica?
- Qual sua relevância prática no direito de família?

A pessoa jurídica possui personalidade jurídica diversa de seus sócios, sendo detentora de direitos, deveres e obrigações. A instituição de uma personalidade em separado garante aos sócios uma responsabilidade subsidiária, limitada ao capital social da empresa. Logo, separando os patrimônios há uma maior segurança aos instituidores, tendo a garantia de que seu patrimônio pessoal está resguardado.

Em regra, os sócios da empresa possuem uma responsabilidade subsidiária com o capital e com a empresa, porém, de acordo com o art. 50 do Código Civil, diante de abuso de personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, poderá ser requerido em processo judicial que algumas obrigações sejam levadas aos sócios, que deverão responder com seu patrimônio pessoal. Esse instituto é denominado desconsideração da personalidade jurídica.

Quando se fala da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito de família, refere-se a sua aplicação nos processos de meação e pensão alimentícia. Por vezes, depara-se com situações onde uma das partes, buscando manter os seus bens, resguarda-os na pessoa jurídica com objeto de fraudar a meação.

Assim preleciona Flávio Tartuce:

Em suma, o *véu* ou *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina como *desconsideração inversa* ou *invertida*. (TARTUCE, 2017, p. 229).

Tal assunto é de extrema relevância a fim de aplicar a justiça na vara de família, além de responsabilizar sócios displicentes que buscam auferir vantagens com a parcela de atuação em pessoa jurídica. Busca-se esclarecer continuamente tal conceito, a fim de ampliar sua aceitação no Judiciário.

O objetivo de tal pesquisa é comprovar a legitimidade da aplicação do instituto em questão no Direito de Família, trazendo como metodologia a revisão bibliográfica e documental, além de discussões trazidas em sala de aula. Foram utilizados autores como Flávio Tartuce (2017), Carlos Roberto Gonçalves (2012) e Roberto Senise Lisboa (2013).

## **2. O Conceito de Família**

No começo da história da humanidade, a família foi concebida como o núcleo patrimonial e dever cívico com o objetivo de procriar e garantir a perpetuação da espécie. Com o decorrer do tempo, tal concepção foi alterada, principalmente com a introdução da mulher no mercado de trabalho, quebra de continuidade da atividade profissional do pai pelos filhos e a visão mais social da instituição familiar.

A transformação da família levou a sociedade a um novo conceito, de acordo com Cristiano Chaves

O conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (TARTUCE, 2016, p. 39).

Observa-se que com o tempo, a autoridade do homem e a função de chefia foi sendo limitada, transformando o lar em um ambiente de maior comunicação entre pais e filhos. Atualmente, a família foi convertida no conjunto de relações interpessoais e sociais, com a função de colaborar no desenvolvimento pessoal de indivíduos que compõem o mesmo núcleo. O que tem sido observado foi a constante mudança do conceito de família e as responsabilidades de cada integrante no decorrer da história.

Assim, a família é uma instituição de constante mudança e evolução, reconstruindo-se de acordo com o momento e com o espaço, sendo moldada de acordo com os cidadãos de sua época. Logo, como destaca Roberto Senise Lisboa, não se trata de uma crise da família, mas sim um redimensionamento, em que a família pós-moderna tem passado por uma repersonalização, que ocorre devido a mudanças na composição do lar, ampliação da igualdade de direitos entre o homem e a mulher e a não discriminação entre filhos. (LISBOA, 2013, p. 30).

Assim como a construção da família tem sido transformada, a sua dissolução também tem sido repensada. Em uma sociedade estritamente patriarcal e cristã, o casamento era tido como indissolúvel, onde os nubentes se tornavam responsáveis eternamente pela união. Contrair outro casamento após

a morte do cônjuge não era aceito em todas as culturas, e na maioria delas o divórcio não era admitido.

Após a Revolução Industrial, a sociedade passou por uma transformação intensa em diversos aspectos, e a família e o casamento são apenas dois aspectos da mudança. Até o século XXI, muitos conceitos foram alterados e transformados, principalmente devido ao aumento de atividades que cada indivíduo contrai durante sua vida.

A introdução da mulher no mercado de trabalho, aumento do tempo na vida escolar, informatização e maior ingresso de jovens no ensino superior têm sido elementos responsáveis por fazer com que as pessoas passassem mais tempo fora de casa, na convivência em sociedade, do que de fato com o núcleo familiar.

Ao fazer uma rápida análise do Código Civil de 1916, percebe-se que a família possuía uma base biológica, patriarcal, heteroparental e matrimonializada. Com as evoluções sociais citadas, além de pressão social revolucionária, a família, no Código Civil de 2002, se tornou biológica ou socioafetiva, mais democrática, podendo ser heteroparental ou homoparental e pluralizada.

Com o tempo, a dissolução do casamento também tem sido cada vez mais regulada, principalmente com a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, permitindo o divórcio como causa de dissolução nupcial, de uma maneira ainda pouco desenvolvida.

Com a Constituição de 1988, o divórcio foi visto como direito de não permanecer casado, como direito à vida digna e pacífica. Trata-se também da valorização da liberdade do indivíduo, entre manter ou não relações de afeto e responsabilidade com o cônjuge.

### **3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica**

Dando fim à sociedade conjugal, resta a questão acerca da divisão patrimonial, sendo base o direito de cada um obter sua parcela daquilo que foi construído durante o casamento. Tal passo é denominado processo de meação, tendo um aspecto delicado, justamente devido à natureza conflitante da relação.

O que tem sido comum atualmente é a tentativa de uma das partes buscar manter o máximo de seu patrimônio intacto, principalmente quando o regime é comunhão universal de bens. Diante de uma relação desgastada, uma das partes considera a outra indigna de obter bens julgados estarem unicamente sob sua posse, frutos somente de seu próprio esforço.

Percebe-se que geralmente a mulher está no polo passivo, visto que em uma sociedade machista e patriarcal, ela foi mantida em casa cuidando do lar e dos filhos, isolada do mercado de trabalho. Desse modo, tudo que ela tinha

estava restrito aos bens do marido, e devido a isso muitos conflitos surgiam no divórcio.

A tendência foi buscar esconder bens obtidos antes, ou até mesmo durante o casamento, no patrimônio da sociedade que um dos cônjuges fizesse parte. O objetivo era tentar provar em juízo que não havia conjunto de bens apto a ser dividido entre os ex-cônjuges.

Isso se dava devido a sociedade empresária possuir algumas características que abriam caminho a tentativa de fraudar a meação. Assim, buscava-se usar, principalmente, a obrigação de colaborar com o capital social e o modelo de responsabilidade como brechas legais.

A colaboração no capital social deve ser feita através da subscrição e integralização da respectiva quota pleiteada pelo sócio. Assim, com o pagamento da sua parcela no capital social da empresa, o sócio adquire sua participação nas decisões, lucros e perdas da sociedade.

O objetivo era buscar integralizar, ou melhor, esconder bens na sociedade, velados como constituintes do patrimônio da empresa, e não do sócio. Com isso, procurava-se demonstrar em juízo que o bem em questão havia sido pago na integralização do capital social.

Já quando se analisa a responsabilidade dos sócios quanto as dívidas da empresa, em regra aqueles possuem uma responsabilidade subsidiária, conferindo à empresa certa autonomia. Logo, em execução de dívidas, deve-se primeiro exaurir o patrimônio da empresa para após, dentro da possibilidade, atingir os seus sócios.

Entretanto, quando houver abuso da personalidade, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o artigo 50 do Novo Código Civil preleciona que é aplicável o instituto denominado desconsideração da personalidade jurídica. O objetivo, como destaca Tartuce, é evitar fraudes e lesões a terceiros e à sociedade.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Tal teoria, pelo que aponta a melhor doutrina, tem vindo com o objetivo de evitar fraudes e abuso de direito principalmente no Direito de Empresa. Assim, estamos diante de uma exceção à personificação da sociedade onde,

como citado anteriormente, impera a autonomia da empresa e a divisão patrimonial.

Logo, o juiz é permitido suspender temporariamente a personalidade da empresa para captar dela os bens referentes aos seus sócios para que assim seja possível honrar com seus credores. Porém, a princípio, tal teoria é aplicada restritivamente aos parâmetros do artigo 50, ou seja, em caso de confusão patrimonial ou desvio de finalidade: enunciado 146 – Jornada de Direito Civil: Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).

Pode-se depreender que, quando a pessoa jurídica é utilizada por seus sócios/administradores com o objetivo de lesar terceiros e cometer fraudes, devem sofrer algum tipo de sanção. As possibilidades concretas de aplicação são diversas, podendo ser o objetivo fraudar credores, fraudar contratos, fraudar a lei ou lesar terceiros (VENOSA *apud* TARTUCE, 2014, p. 199).

Diante de sua relevância, tal conceito foi abordado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28 e artigo 34 da Lei 12.529, Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Acreditando tal instituto apenas ser aplicado em caso de insolvência ou irregularidades na empresa, essa característica, como citado anteriormente, foi tomada como brecha para fraudar a meação. Como aponta Tartuce:

O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de eventual separação ou divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Por essa forma de desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela separação ou divórcio, fazendo que o instituto seja aplicado no Direito de Família. (TARTUCE, 2014).

Assim como depreendido de pesquisas jurisprudenciais, comum tem se tornado o marido transferir para sua empresa os seus bens de maior valor, desejando gozar da personalidade jurídica autônoma da sociedade para fraudar seu processo de meação. A sentença proferida pelo juiz no caso concreto é de natureza declaratória, onde constará a desconsideração de tal negócio, para que os bens retornem ao patrimônio da parte.

Assim, na Jornada de Direito Civil do CJF/STJ foi aprovado o enunciado 283, que preleciona o seguinte: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

Nesse sentido, destaca-se informativo do STJ em tal sentido:

Informativo nº 0533, 12 de fevereiro de 2014: (...) No tocante ao cabimento da desconsideração da pessoa jurídica em ação de divórcio, a Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.236.916-RS, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, examinou situação análoga, ratificando ser "possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva". (...) Diante de tais premissas, firma-se o entendimento pela possibilidade de aplicação da medida, no caso concreto, desde que comprovados os requisitos legais previstos no art. 50 do CC, circunstâncias a serem analisadas pelo Magistrado de primeiro grau. *(grifamos)*

Além disso, inclui-se aqui a possibilidade já pacificada pelo STJ, do cônjuge pleitear a aplicação de tal instituto, mesmo que seja sócio da empresa em questão. Em tal caso, o requerente não se molda como sócio da empresa, mas sim companheiro(a), pleiteando seu direito aos bens construídos em conjunto pelo casal. Segue Informativo do STJ:

Informativo nº 0440, 21 a 25 de junho de 2010: Se o sócio controlador de sociedade empresária transferir parte de seus bens à pessoa jurídica controlada com o intuito de fraudar partilha em dissolução de união estável, a companheira prejudicada, ainda que integre a sociedade empresária na condição de sócia minoritária, terá legitimidade para requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica de modo a resguardar sua meação. Inicialmente, ressalte-se que a Terceira Turma do STJ já decidiu pela possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica - que se caracteriza pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio -, em razão de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/2002 (REsp 948.117-MS, DJe 3/8/2010).(…) . REsp 1.236.916-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013. *(grifamos)*

Após sua consolidação e aceitação doutrinária e jurisprudencial, tal tema foi incluído no Novo Código de Processo Civil/2015, no seu art. 133, § 2º:

Art. 133: o incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. (...) § 2º. Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica.

Não se pode olvidar, contudo, que a aplicação de tal instituto não pode ser relativizada, devendo sempre atender aos requisitos do art. 50, aplicando a descon sideração restritivamente às hipóteses em que o agente atue com dolo, ou seja, com *animus* de fraudar e esquivar-se de suas responsabilidades legais.

#### **4. Conclusão**

Diante do exposto, percebe-se que a família passou por seguidas transformações ao longo da história, mudando consideravelmente o modo como é tida e vivida pelos indivíduos.

O casamento mudou e a forma de dissolvê-lo também, e com isso, alguns desafios surgiram no caminho. A tentativa de fraudar o divórcio no processo de mea ção trouxe como ferramenta a sociedade empresária. Logo, a saída foi adaptar a descon sideração da personalidade jurídica para aplicar a justiça.

A saída foi conjugar Direito de Família e o Direito Empresarial, e com isso, o Judiciário tem conseguido alcançar o patrimônio do cônjuge que buscava fraudar a mea ção. Tal medida nada mais é do que garantir a devida aplicação do regime de casamento e evitar brechas na lei.

A relevância prática de tal medida, como visto, encontra-se no fato de que ser uma forma de garantir ao ex-cônjuge sua parte no patrimônio construído durante o casamento. Sabe-se que a colaboração no casamento não ocorre apenas de forma financeira, mas também moral, onde ambos os companheiros se apoiam de forma mútua.

Tal medida tomada não apenas garante que ambas as partes não saiam prejudicadas patrimonialmente, mas também que o regime de casamento seja aplicado corretamente. Nada mais justo seria do que fazer o ex-cônjuge rever os bens construídos no casamento, momento em que se dedicou a apoiar, respeitar e auxiliar o parceiro no seu desenvolvimento.

Assim, conclui-se que o Direito não é uma ciência de institutos isolados, onde ficam restritos apenas a sua área. Foi possível perceber que as diversas matérias conversam entre si, os institutos aplicam-se mutuamente de maneira colaborativa.

A descon sideração inversa da personalidade jurídica foi regulada no ordenamento jurídico, tendo o juiz a função de suspender temporariamente a

autonomia da empresa para viabilizar a meação. Tal processo, como visto, ocorre declarando a nulidade dos negócios feitos com o *animus* de fraudar a meação.

Logo, retornando os bens ao patrimônio do casamento, a meação pode ser feita de maneira justa de acordo com o regime acordado pelos ex-cônjuges, garantindo assim que não haja fraude.

## Referências

Jurisprudências do STJ: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>  
Acesso em 5 de maio de 2018.

EMERY, Carla Baldotto. Desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada ao direito de família. Disponível em:  
[http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2014/trabalhos\\_22014/CarlaBaldottoEmery.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/CarlaBaldottoEmery.pdf) Acesso em: 5 de maio de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2017.



## Responsabilidade civil de terceiro que impede decisão judicial autorizando antecipação terapêutica

Jordan Reis da Silva<sup>1</sup>

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs<sup>2</sup>

### Resumo:

Uma das questões que atualmente geram conflitos para o operador do direito é a hipótese de antecipação terapêutica de fetos portadores de anomalias, as quais geram malformações tornando inviável a vida extrauterina. Diante disso, os pais vêm recorrendo cada vez mais ao Judiciário em busca da autorização da prática abortiva, tendo como fundamento do pedido a ADPF nº 54, que autoriza o aborto anencéfalo. Ocorre que, em razão dessa permissão terceiros insurgem para impedir tal ato, o que vem gerar danos às vítimas deste impedimento. E como é sabido há a impossibilidade de compatibilização entre o direito à saúde e bem estar dos pais com o direito à vida do feto. Dessa forma, surge-se a necessidade de compreender quais são os limites deste intercessor, e se este incorreria em uma responsabilidade civil por abusar de seu direito de ação ao impetrar mandado de segurança que impede a intervenção.

### Palavras-chave:

Antecipação Terapêutica; Abuso do Direito; Responsabilidade Civil.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

<sup>2</sup> Docente no curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Mestrado em Ensino em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente pelo Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Graduada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica – PUC do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

## 1. Introdução

O presente estudo propõe trazer reflexões sobre decisões judiciais que autorizam a antecipação terapêutica de fetos com malformações genéticas, uma vez que tal situação gera inviabilidade de vida extrauterina, e a responsabilidade civil de terceiros diante do impedimento desta decisão.

Analisando que quando se tem uma decisão que garante a intervenção terapêutica, já que a probabilidade de vida de um feto com determinada síndrome ou anomalia fora do útero é mínima de existência, nasce para os pais o direito de optar por esta intervenção e conseqüentemente, diminuir qualquer prejuízo emocional, respaldando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que vela pelo respeito e pela proteção da integridade física e emocional (psíquica) do indivíduo.

Por outro lado, embora o Estado seja laico, sabe-se que a religião tem uma grande influência na forma de pensar da sociedade, influenciando significativamente em sua cultura. Assim sendo, em determinados casos, é possível perceber autoridades religiosas posicionar-se contra qualquer intervenção que venha retirar a vida de um ser, interferindo com base, no que acredita e ensina. Utilizando-se como fundamento o exercício regular do seu direito, que importa em uma excludente de ilicitude, pois acredita estar agindo dentro dos parâmetros legais. Resta saber se a intervenção deste terceiro contra uma decisão que garante a intervenção terapêutica estaria incorrendo por abuso do direito e se é passível de indenização.

Perante essa situação surge a discussão se essa intervenção configuraria um abuso do direito resultando assim em uma obrigação de indenizar, já que este terceiro estaria violando direitos inerentes aos pais, causando assim danos aos mesmos. Porém em alguns casos, a lei considera, ainda que a conduta de um agente venha a causar um dano a outrem não haverá obrigação de indenizar, para isso é necessário estar amparado por um interesse jurídico-social.

Deste modo, far-se-á necessário ponderar os princípios jurídicos fundamentais, como o direito à vida do feto em contraponto com o direito de autodeterminação dos pais frente à questão, utilizando-se a dignidade da pessoa humana, que é um princípio, que no plano axiológico, serve como balizador de todos os demais princípios e direitos fundamentais que regem nossa sociedade.

À vista disso, discussões envolvendo se uma vida deve existir ou não trazem à tona uma série de questionamentos e conflitos, ainda mais quando há essas interferências de terceiros e, diante disso, quando de um lado da relação se tem um sujeito que tenta intervir com o intuito de zelar pela vida acreditando em suas crenças, ideologias, dogmas e amparado em seu exercício regular de um direito e do outro lado há aqueles que são os responsáveis por zelar por essa

vida, podendo com base em princípios e garantias constitucionais buscar a melhor solução para determinada situação a fim de evitar um maior sofrimento.

Nesse contexto, pode-se ressaltar a tamanha relevância que acompanha este tema, o que se torna extremamente importante o estudo dessa relação e conseqüentemente seus efeitos e limites. Pretende-se, ainda, com este trabalho, analisar decisões que servem como base para o caso em tela, na tentativa de vislumbrar, mesmo que de forma modesta, possível solução para a questão.

## **2. Considerações sobre a responsabilidade civil**

A expressão Responsabilidade, a partir do século XIX, passou a ter um uso constante, porém sua noção é bem antiga, visto que já existia desde a jurisprudência romana. O seu significado vem do latim *respondere*, de *spondeo*, o que significa garantir, responder por alguém, prometer. É possível de se ver a aplicação deste conceito no Direito Quiritário, onde o devedor se obrigava perante o credor, nos contratos verbais, respondendo à sua indagação com a palavra *spondeo* (prometo).

Embora alguns pensem que o termo Responsabilidade está ligado estritamente ao campo jurídico, a expressão é utilizada em várias outras áreas, como por exemplo, no campo da moral, além de ser considerada pela Religião e pelas regras de trato social. E seu conceito varia de acordo com o contexto, no qual foi empregado, por isto o termo responsabilidade, a princípio não se vincula a ideia de compensar um prejuízo causado a uma pessoa (NADER, 2016, p. 7).

Já sob a égide do Direito Civil, a ideia de responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, no que tange ao dever de reparar um dano, quando uma conduta humana vem a causar uma lesão a outrem. Estando essa conduta vinculada a um fim econômico ou social. Porém ainda que exista essa integração, o conceito de obrigação e responsabilidade é distinto.

A obrigação advém de diversas fontes, em que cabe cumprir de forma espontânea e voluntária, como por exemplo, as regras previstas por lei. Há também a responsabilidade que advém do inadimplemento proveniente do não cumprimento de tal obrigação, por exemplo decorrente de contrato ou declaração unilateral de vontade (GONÇALVES, 2014, p. 20).

Em toda obrigação há um dever jurídico originário e quando ocorre a violação deste surge então a responsabilidade, sendo esta um dever jurídico derivado. Dessa forma a "Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro" (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Em regra, a responsabilidade gera um dever de indenizar, conforme artigo 927 do código civil, que preceitua que "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Além do mais,

responsabilidade não se restringe somente ao dever de indenizar, mas também ao dever de cumprir determinada obrigação para não ocasionar o inadimplemento.

Embora haja a correlação entre responsabilidade e obrigação é possível que uma ocorra sem a existência da outra. Então é correto dizer que existe responsabilidade sem obrigação e obrigação sem responsabilidade. Feita a conceituação, é necessário compreender a sua evolução ao longo da história, examinando seus aspectos e seu percurso ao longo dos tempos.

O instituto em estudo se revela de grande importância para o mundo jurídico, sendo um tema cada vez mais atual e relevante, pois à medida que os indivíduos se relacionam à expectativa de que alguém venha em algum momento provocar um dano a outrem. Assim "À medida que a sociedade se torna mais complexa, ampliando-se as relações e a interdependência das pessoas, a probabilidade de danos cresce" (GONÇALVES, 2016, p. 3).

O Direito Romano, pela cultura ocidental, serve como um ponto de partida para estudar a base histórica de um determinado instituto, facilitando assim a sua compreensão. E a responsabilidade civil segue essa premissa, sendo por meio deste Direito que se permite analisar as primeiras formas de organizações da sociedade (STOLZE; GAGLIANO, 2014, p. 54).

Nas origens da humanidade, quando um indivíduo provocava um dano a outrem, esta ação gerava de imediato uma reação, sendo esta voluntária e brutal por parte da vítima. Acontece, porém, que essas atitudes não sofriam nenhuma espécie de restrição já que o direito não se fazia presente, assim dominava no cenário a chamada vingança privada, ou vendetta. Vigorava nessa época a lei de Talião, onde era representada pela ideia de "olho por olho, dente por dente" (GONÇALVES, 2014, p. 24).

Gonçalves (2014, p. 24) conceitua a vingança privada como sendo uma "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal". Pela teoria clássica, a responsabilidade civil se molda em três pressupostos: a ocorrência de um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano. Porém até o presente momento não se cogitava culpa.

O período da composição sucede este período acima. Com isso, ofendido passa a perceber que tal vingança não era conveniente e nem tão pouco possuía vantagem para reparação do seu dano, dessa forma a compensação econômica passa ocupar o lugar da vindita. Sendo essa substituição um critério da vítima (GONÇALVES, 2014, p. 25).

O princípio aplicado é que o patrimônio do ofensor deveria responder por suas dívidas e não a sua pessoa. Surge-se as tarifações como forma de pagamento de acordo com determinado dano causado, sendo essas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XXII Tábuas.

É ainda, no período dos romanos que surgem as ideias de distinção entre a pena e a reparação, por meio da diferenciação de delitos públicos e os delitos privados. O primeiro se referia a ofensa mais gravosa de conotação mais elevada, que perturbava a ordem pública. Já o delito privado, a ofensa era feita em relação as pessoas e seus bens (GONÇALVES, 2014, p.25).

No entanto, somente com a Lex Aquilia, que se tem um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, pois em razão dela é possível aplicar o elemento culpa na obrigação de indenizar, surgindo desta forma responsabilidade extracontratual, denominada também como "responsabilidade civil aquiliana" (STOLZE; GAGLIANO, 2014, p.55).

Por meio de um aperfeiçoamento das ideias românicas e após o Código Civil Francês, pelo qual serviu de influência para os demais povos por meio da influência de princípios que foram sendo estabelecidos. A partir de então é inserido expressamente a diferença entre a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Essa influência também serviu para o Direito Brasileiro, o qual apenas adotava ordens do Reino Português desde a criação do país. Contudo em 1916 com o advento do código civil, foi adotado o princípio da independência da competência civil e da criminal. E o Código passou a se filiar à teoria subjetiva, a qual exige para que o causador do dano seja condenado a repará-lo a prova da culpa ou do dolo.

Contudo, há os o surgimento de novas teorias e Gonçalves aponta como fatores para o aparecimento dessas "o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos". Por meio de tais teorias inseridas dentro da responsabilidade civil, é possível oferecer as vítimas uma maior segurança (GONÇALVES, 2014, p.27).

E pelo direito moderno há a presença de duas teorias sendo uma a teoria do risco e a outra a teoria do dano objetivo. A primeira se configura quando o exercício de uma atividade gera um risco a uma pessoa, ficando assim o agente obrigado a reparar o dano, exceto quando ficar comprovado que adotou todas medidas necessárias para evitar o dano (GONÇALVES, 2014, p.28).

Embora o Código Civil tenha adotado a teoria do risco (art.927 parágrafo único código civil), a culpa ainda é utilizada como fundamento para a responsabilidade, elemento este que foi mantido fielmente no ordenamento, presente no artigo 186 do Código Civil (GONÇALVES, 2014, p.29).

Dessa forma, o ordenamento jurídico atual adotou duas espécies de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva, baseada na teoria da culpa, sendo a regra geral, onde para que o agente fique obrigado a indenizar é necessário a comprovação da culpa genérica (inclui o dolo e imprudência, negligência ou imperícia) (TARTUCE, 2016, p.559).

E, por fim, a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, sendo assim o agente fica obrigado a indenizar, desde que presente o nexo causal entre sua conduta e o dano causado pela mesma. Não sendo necessária a comprovação do elemento culpa (GONÇALVES, 2014 p.48).

Como será analisado, logo mais, a responsabilidade decorrente do abuso do direito, traz a necessidade de entender a diferença dessas responsabilidades, já que presente o abuso do direito a responsabilidade será objetiva (TARTUCE, 2016, p.490). Em resumo, a evolução histórica da responsabilidade civil teve grandes momentos, em que inicialmente esta se caracterizava pela vingança como forma de reparar um dano sofrido. Ideia essa que partia em razão do equívoco da não separação entre responsabilidade civil da responsabilidade penal. Daí, verifica-se um salto na sua evolução, em que o fator culpa passou a ser pressuposto para a responsabilização, e o surgimento da teoria do risco objetivando tal responsabilidade.

### **3. Responsabilidade decorrente do abuso do direito**

Conforme se observa pelo conceito e a evolução da responsabilidade civil, esta impõe que aquele que agir culposamente e vier causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Dessa forma, alguém que por culpa venha causar um dano a outrem terá que reparar este dano causado (RODRIGUES, 2003, p.43). Embora haja essa regra, a doutrina do abuso do direito aponta que não é necessário para que um agente venha a reparar um dano causado, em virtude da violação de um dever primário, tenha que agir culposamente.

Pelo Direito Romano vigorava um princípio que possuía um caráter individualista, já que por muito tempo foi utilizado como justificativa para os abusos e excessos de direitos, sendo tal princípio referido o *nemine laeditqui jure suo utitur* (aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica). A aplicação desse princípio deixou de se fazer eficaz, uma vez que passou a se perceber, que havia uma injustiça, pois o agente praticava um ato com evidência de *animus laedendi* e por estar no limite de seus direitos subjetivos não era condenado.

Com base nisso, tal princípio foi substituído por outros, os quais eram universalmente aceitos (*nemine laedere, summum jus e summa injuria*), já que toda sociedade possui um dever limitativo dos direitos subjetivos, em que esse é o de não prejudicar outrem, servindo como norma fundamental para todos (GONÇALVES, 2014, p.67).

Mas é possível de perceber que a lei em alguns casos isenta o agente que causou danos a outrem, da obrigação de repará-lo. Então é possível um agente ter certa vantagem, enquanto esta representa um prejuízo ou dano para o outro, ainda que isso ocorra, se este estiver agindo dentro dos limites da lei, como é o caso de concorrência leal, haverá uma exceção ao dever de responsabilizar (RODRIGUES, 2003, p.43).

Porém, há certa problemática em torno da doutrina do abuso do direito, já que às vezes, pode o agente estar agindo maliciosamente dentro do limite de seu direito subjetivo e vir a causar dano a outrem ou ainda exercer de forma antifuncional o seu direito. E em algumas doutrinas inclusive ilustram alguns casos acerca dessa questão, como por exemplo, os retirados de julgados franceses.

Em um determinado julgado, em 1902, entendeu-se que um agente ao construir grandes obstáculos, ainda que em sua propriedade, para ocasionar a destruição de dirigíveis de seu vizinho forçando esse a comprar seu terreno. A priori, o proprietário do imóvel tem seu direito à propriedade, para aproveitá-la da melhor forma que o quiser, porém entendeu-se que a sua finalidade era para prejudicar terceiro, configurando, dessa forma, em abuso (RODRIGUES, 2003, p.45).

Visto que a prerrogativa de que aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica foi superada, inclusive pelas jurisprudências, o código civil de 1916 consagrou, de forma implícita, a ideia do abuso do direito através do artigo 160, I, já que este preceituava não constituir ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito (GONÇALVES, 2014, p.68).

No atual código civil, o legislador expressamente disciplina o abuso do direito, dessa forma o código civil de 2002, como se verifica, in verbis: "Art. 187. Também comete ato ilícito aquele o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Pela análise desse artigo, observa-se que o abuso do direito está amparado em quatro conceitos indeterminados, sendo eles o fim social, fim econômico, boa fé e os bons costumes. Trata-se de cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo juiz de acordo com cada caso, julgando dessa forma de acordo com sua carga valorativa.

O abuso do direito mantém relação com certos princípios, sendo um deles o princípio da socialidade, uma vez que o dispositivo mencionado se refere ao fim social do instituto jurídico violado. Devendo os bons costumes também serem analisados sobre uma óptica sociológica, possuindo natureza tanto objetiva, quanto subjetiva.

Nesse sentido a V Jornada de Direito Civil aprovou um enunciado n.143 que possui o entendimento que quanto ao abuso de direito por violação aos limites impostos pelos bons costumes, a natureza é subjetiva, como a seguir.

Os bons costumes previstos no artigo 187 do Código Civil possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época e objetiva para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa fé objetiva.

Há também, um outro princípio que interage com tal figura, que é o da eticidade uma vez que é previsto em lei as consequências para o sujeito que pratica atos ilícitos ferindo a boa-fé. Sendo este por último, um instituto de natureza objetiva relacionado com a conduta leal integrante nas relações negociais (TARTUCE, 2016, p.488).

Como se pode ver, a teoria do abuso do direito começa a aparecer em diversos diplomas legais, em que o ato abusivo tem duas formas de ser classificado, quais sejam, pela teoria subjetiva, onde é abuso do direito o ato praticado deliberadamente para prejudicar outrem. E há também a teoria objetiva, que diz respeito ao uso anormal e antifuncional do direito para estar configurado o ato abusivo. Nosso código adotou a teoria objetiva, sendo assim aquele que pratica o abuso do direito responde objetivamente.

#### **4. Excludentes de ilicitude**

As excludentes de ilicitude previstas no Código Civil são semelhantes às previstas no Direito Penal, no seu art. 23. Importam em exonerar o agente do dano, da obrigação de indenizar, porque sua conduta é lícita, protegida pelo ordenamento, exceto quando agir em estado de necessidade, por força do art. 188, II junto com o art. 929 e 930, do Código Civil, mas não se confundem com as excludentes de responsabilidade. Ainda que o a gente cometa um dano, sua conduta é tida por lícita.

Essas excludentes utilizadas como matéria de defesa e alegadas na ação indenizatória pelo agente causador do dano, afastando assim a obrigação de indenizar. São elas: Legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Essas causas têm por finalidade romper um dos pressupostos da responsabilidade civil, que é o nexa causal, em que, havendo uma excludente deixam de estar presentes todos os elementos da responsabilidade. Sendo assim, eliminam qualquer pretensão indenizatória, aplicando-se para qualquer espécie de responsabilidade (STOLZE; GAGLIANO, 2014, p.157).

Como primeira causa há o estado de necessidade, que pelo código de 1916 foi contemplada parcialmente, tratando apenas da figura do estado de necessidade, em relação às coisas e não às pessoas. Já o código atual, tendo como referência o direito italiano, inovou trazendo essa figura para as duas relações (GONÇALVES, 2014, p.468).

O artigo 188 do Código Civil de 2002 serve como assentamento legal para esta figura tratada, e por meio do seu parágrafo único é possível destacar o que a lei prevê como estado de necessidade. Onde se configura quando as circunstâncias autorizam o agente a proteger seu direito, para remover um perigo eminente, e este vem a lesionar um direito alheio de igual ou inferior valor jurídico (STOLZE; GAGLIANO 2014, p.158).



Em contrapartida, o referido parágrafo único desse artigo disciplina que o ato só se torna legítimo, quando as circunstâncias o permitir e desde que o agente pratique dentro dos limites relevantes para a remoção do perigo. Caso ultrapasse, ou seja, venha praticar um excesso, nesse caso o sujeito poderá incorrer tanto em abuso do direito (artigo 187 do CC) ou ao próprio ato ilícito (artigo 186 do CC) (TARTUCE, 2016, p.586).

Ainda sobre essa causa de exclusão de ilicitude, têm-se dois dispositivos do Código Civil atual que merecem ser reproduzidos, já que são aplicáveis ao instituto. São eles: "Art.929. Se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso do inciso II do art.188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram" e "Art.930. No caso do inciso II do art.188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado".

Com esses dispositivos, percebe-se que o agente que atua em estado de necessidade, pode agir tanto na defesa de seu direito, como na defesa de direito de terceiros. Porém, caso ele venha a causar algum dano a este terceiro, e o mesmo não for quem deu causa ao perigo terá direito à indenização este quem sofreu o prejuízo já que não causou a situação. Ainda ressalta o dispositivo 930, que poderá o agente que causou o dano, entrar com uma ação regressiva em face do verdadeiro causador do perigo (TARTUCE, 2016, p.586).

Apesar de o estado de necessidade obrigar o sujeito a reparar o dano causado, na legítima defesa, isso não ocorre. Porém caso a agressão venha a lesionar um terceiro, em decorrência de um engano ou até mesmo erro de pontaria terá direito esse a ser reparado pelo agente do dano (GONÇALVES, 2014, p.470).

Assim como no caso de legítima defesa putativa, em que o agente prevê um perigo, do qual não está ocorrendo no plano real e, dessa forma, passa a defender seu direito (TARTUCE, 2016, p.585). Nesses casos, a legítima defesa não isenta o agente do dever de indenizar o dano, na esfera cível e ficará assegurado ao ofensor o direito de regresso ao culpado que gerou a situação que causou dano. Sendo assim somente quando esse instituto for real e praticado contra o agressor que o sujeito se exime de reparar o dano causado (GONÇALVES, 2014, p.471).

E por meio do artigo 25 do Código Penal, é possível retirar o conceito de legítima defesa, em que esse dispositivo preceitua, in verbis: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". Desse conceito, pode-se observar um ponto em comum entre a legítima defesa e o estado de necessidade, que é a obediência dos limites legais para que autorizem o dano.

Já o estrito cumprimento do dever legal serve como excludente para os agentes, os quais ficam desobrigados a repararem os danos causados. Porém em muitos casos o Estado é quem fica obrigado a fazer o ressarcimento, e nesta

situação, não poderá o estado entrar com uma ação regressiva em face do agente que causou o dano, em razão da excludente (GONÇALVES, 2014, p.472).

Dessa forma, o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, prescreve que “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Outra exceção da regra de indenizar é o exercício regular de um direito, também previsto no mesmo artigo 188, I do Código Civil de 2002. Nesta figura, o agente atua protegido por um Direito, dessa forma, não pode estar agindo contra esse mesmo direito.

Tal situação ocorre, por exemplo, em algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, em que é possível um agente vir a violar a integridade física do outro e não haverá o dever de indenizar, desde que não haja o excesso. Pois havendo a ocorrência deste, configura-se o abuso do direito, o qual é o oposto do exercício regular (STOLZE; GAGLIANO, 2014, p.162).

É possível destacar outras situações, em que os sujeitos estarão respaldados por essa excludente, como o caso de inclusão do nome de devedores no rol dos inadimplentes ou devedores, em cadastros de natureza privada (SPC e Serasa). Por fim, há quem considere que o exercício regular das próprias funções seria uma espécie de exercício regular de um direito, já que o agente, nesse caso, possui um dever legal ou administrativo para atuar.

Para exemplificar, é o caso em que ocorre com o bombeiro ao apagar um incêndio ou um policial ao combater o crime. Então, se esse bombeiro arromba a casa de alguém para salvar uma criança de um incêndio, sua conduta não estará tipificada no inciso II do artigo 188 (estado de necessidade), diferentemente ocorre no exemplo dado no estado de necessidade, em que não haverá o dever de indenizar como dispõe o artigo 929, visto que ele se enquadra no inciso I do artigo 188 (exercício regular de um direito) (TARTUCE, 2016, p.588).

## **5. Da dingidade da pessoa humana e do direito à vida**

Atualmente, percebe-se cada vez mais o uso comum da expressão “direitos fundamentais”, em que, em diversos discursos, é possível destacar essa expressão sendo utilizada de forma incorreta. É necessário, primeiro, compreender o seu significado e suas características para então entender a sua importância e aplicação em certos contextos.

Tratam-se, esses direitos, de cláusulas pétreas, ou seja, não podem sofrer nenhuma espécie de alteração, sendo imune, inclusive, contra emenda constitucional em razão do artigo 60 § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988. Além disso, possuem uma hierarquia constitucional, isto é, caso alguma lei venha impedir ou dificultar que tais garantias sejam efetivadas, essa lei será afastada devido a inconstitucionalidade. E, por fim, por força do artigo 5º, § 1º,

da Constituição de 1988, há uma aplicação imediata e vinculante desses direitos (DIMOULIS; MARTINS, 2016, p.41)

Por outro lado, também previstas em dispositivo constitucional, há as garantias fundamentais, as quais têm como intuito prevenir ou corrigir a violação de direitos, com isso não enunciam direitos. Essas garantias podem ser repressivas (remédios constitucionais) ou preventivas (garantias da Constituição) (DIMOULIS; MARTINS, 2016, p.67).

Os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana e embora ela não englobe todos esses direitos, serve como base para um indivíduo, em sociedade, ter uma vida digna, pois constituem uma concretização do princípio fundamental da dignidade humana, sendo consagrado em nossa lei Fundamental.

Além disso, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um princípio fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, e que possui uma dupla concepção, já que trata esse fundamento uma proteção do direito individual em relação ao Estado e aos demais indivíduos. Quanto à sua segunda ideia, é que deve haver entre os indivíduos um tratamento igualitário, em que deve um respeitar a dignidade do outro.

Alexandre de Moraes se refere a tal princípio fundamental, como sendo "um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas [...]” (2011, p.48).

Pode-se dizer que dignidade da pessoa humana é um elemento inerente ao indivíduo, a que não é passível de alienação e nem possível a renúncia do titular, uma vez que ao nascermos já a adquirimos e, é ela que nos qualifica como seres humanos, não sendo possível, portanto, destacá-la.

Vale ressaltar, ainda, que esta qualidade é inerente a toda e qualquer pessoa, não há discriminação, sendo o próprio entendimento trazido pelo artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual, preceitua que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade.”

É importante lembrar que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana é a autonomia e o direito de se autodeterminar a sua conduta, bem como dispõe a Declaração acima, além de entendimento majoritário da doutrina. Tal autonomia (liberdade) é a capacidade potencial de cada ser humano se autodeterminar, sendo considerada em abstrato (SARLET, 2012, p.101).

Além do mais, a dignidade da pessoa humana é utilizada como argumento para se ampliar a titularidade dos direitos fundamentais, já que esta possui um caráter universal e possui um conceito abstrato. Vale destacar que

tal princípio fundamental não sofre limitação, ao contrário do que ocorre nos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2016, p.76).

A titularidade de um direito fundamental não é para vida toda, porém é possível em alguns casos que ela possa permanecer após a morte ou ser adquirida antes do nascimento, caso este que se trata da capacidade jurídica do nascituro, mais especificamente, ao direito à vida. Neste último caso a Constituição fica silente, permitindo ao legislador constituinte analisar em que circunstâncias o nascituro seria contemplado pelos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2016, p.90).

Ressalta-se, por oportuno, que a Constituição Federal protege a vida de forma geral, dessa forma a vida uterina também estaria sendo protegida, uma vez que a gestação gera tertium, e este possui vida humana e existência distinta da mãe, apesar de se desenvolver em seu útero (MORAES, 2011, p.85).

No que tange ao direito à vida, este é assegurado pela Constituição, sendo o mais fundamental de todos os direitos, até porque ele é um pré-requisito para a existência e exercício dos outros direitos. Este direito cabe ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo elas o direito de um indivíduo continuar vivo e a outra está relacionada a este ter uma vida digna quanto à subsistência. Contudo, nem o direito à vida é absoluto, afinal em estado de guerra admite-se tirar a vida (MORAES, 2011, p.80).

## **6. Aspectos sócio-jurídicos da antecipação terapêutica**

Analisado todo aspecto conceitual e histórico de algumas temáticas tratadas ao longo do presente trabalho, é necessário partir para análise de caso concreto frente à legislação brasileira existente e analisar certos posicionamentos que o envolve. Diante disso, o ponto de partida, é um caso que ocorreu em 2005, em que um padre foi condenado a pagar danos morais por impedir interrupção de gravidez e o Superior Tribunal de Justiça o noticiou conforme se verifica abaixo.

Trata-se um casal que conseguiu na justiça uma autorização que permitia o aborto de seu feto, o qual foi diagnosticado com Síndrome de Body Stolk, que importa em um conjunto de má-formação, o que tornava inviável a vida extrauterina. O Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, ao saber de tal situação, impetrou o habeas corpus, alegando o seguinte fundamento: que os pais iriam praticar um homicídio, defendendo assim o nascimento deste feto.

Durante a internação hospitalar da gestante, foi dado início ao procedimento de intervenção, mas os pais foram surpreendidos com a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, que deferiu a impetração de habeas corpus feita pelo padre. Diante do impedimento acolhido pelo tribunal, o casal retornou para seu domicílio onde passou oito dias agonizantes, quando assim retornou para o hospital e o feto veio a falecer, logo após o parto.

Em decorrência dos fatos e de todo sofrimento, os pais ajuizaram uma ação de dano moral, em face do padre. Não alcançando sucesso na Justiça de Goiás, o casal recorreu ao STJ, que condenou o Padre a pagar R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por interrupção de gravidez, aos pais (STJ, 2018). Essa decisão veio da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acreditou que ele abusou do seu direito de ação e violou direitos da gestante e de seu marido, ocasionando-lhes sofrimento inútil (IDEM).

Antes de adentrar na análise do conteúdo do voto proferido pelo STJ, no caso em tela, vale ressaltar que sete anos depois do ocorrido foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, com intuito de descriminalizar a realização da antecipação terapêutica de fetos sem possibilidade de vida extrauterina que é necessária à sua compreensão, a priori.

O relator desta ADPF foi o Ministro Marco Aurélio, o qual tendo por base o conhecimento de que o feto portador de anencefalia possui uma malformação do tubo neural, que enseja uma série de consequências em sua formação acarretando a certeza de inviabilidade de sua vida fora do útero da mãe, razão pela qual se compara os fetos anencéfalos com o morto cerebral, inclusive os chamando de natimorto cerebral, ou seja, possuem batimentos cardíacos e respirações, contudo não têm atividade cerebral e, sequer, potencialidade de vida (AURELIO, Marco – Ministro relator – STJ, ADPF 54, 2012).

Outro ponto relevante tratado no voto do relator envolve a questão da impossibilidade de invocar o direito à vida para um feto anencéfalo, afinal, vida e anencefalia são expressões antônimas, diante disso, é impossível classificar a hipótese que está em julgamento no dispositivo 124 do Código penal, uma vez que, o aborto exige potencialidade de vida o que não se tem na anencefalia, o que torna claramente procedente o julgamento da ADPF (AURELIO, Marco – Ministro relator – STJ, ADPF 54, 2012).

Vistos os pontos mais relevantes que fundamentaram o julgamento da ação perante o STF, ficou evidenciado ser possível a realização do procedimento de antecipação terapêutica, que se enquadraria em uma nova excludente de hipótese de crime de aborto. É possível verificar que tal entendimento será utilizado como uma das sustentações para o julgamento do caso narrado inicialmente e que será analisado adiante, por isso a necessidade de compreender antes a ADPF 54/2012.

Conforme já visto, a 3ª turma do STJ condenou o padre a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo a relatora do julgamento do recurso especial interposto perante este tribunal, a Ministra Nancy Andriighi (STJ, 2018).

O padre tendo conhecimento de que uma criança seria "abortada" em razão de uma "deficiência", já que possuía Síndrome de Body Stolk e por ter a ciência que ainda que houvesse uma autorização do Judiciário, não

descaracterizaria o crime de aborto, razão pela qual impetrou um habeas corpus (CRUZ, 2016).

Cruz (2016) diz que “O habeas corpus serve apenas como medida de emergência para salvar o bebê de um ato de desespero dos pais, mas não substitui o cuidado pastoral junto à família”.

Quando foi impetrado tal remédio constitucional, o Padre não se manifestou perante o Judiciário como sacerdote e sim, como mero estudante de direito, não utilizando argumentos de cunho religioso, mas apenas jurídicos, cujo recolhimento do pedido foi pelo fato de a verificação de ilegalidade e abuso do direito por parte do juiz que autorizou o procedimento, entretanto, a defesa dos pais ao saber que o impetrante era padre se utilizaram desse fato para alegar a imposição de um entendimento religioso com o fim de afastar a juridicidade dos fundamentos, conforme alega o Padre em sua defesa (CRUZ, 2016).

Além do mais, quanto à indenização, surge o questionamento se seria correto a responsabilidade do impetrante, uma vez que, quem impediu o “aborto” foi o poder judiciário na figura do Desembargador e não o Padre ao exercer o seu direito de ação (CRUZ, 2016).

Quanto ao voto da Relatora que condenou o eclesiástico, a mesma entende que a ADPF 54/2012, embora posterior à ocorrência do caso, pode ser utilizada como base para caracterizar a licitude da interrupção da gravidez e não obsta a utilização por analogia do entendimento firmado no julgamento da arguição, até porque esta possui efeito ex tunc além de ter sido firmada, no ano de 2004, antes ao ocorrido, e anomalia no caso é tão fetal quanto à tratada na arguição (ADRIGHI, Nancy- Ministra relatora- STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016).

O outro entendimento, além da extensão do uso da ADPF 54/12, é o de que houve um abuso do direito de ação pelo impetrante do Habeas Corpus, pois diante da situação em que os pais se encontravam, já vulneráveis e acometidos por diversos acontecimentos, compreendidos desde a internação até a morte do feto.

Com isso, não poderia o padre impor as suas convicções particulares e tirar dos pais a autonomia na escolha de continuar ou não com a gestação, ficando configurado o abuso do direito, no momento em que este provoca o estado juiz para impor tais ideais sobre terceiros, violando os direitos destes. Embora o direito de ação seja um ato lícito o exercício desse foi além dos limites, ocasionando assim danos à vítima (ADRIGHI, Nancy- Ministra Relatora- STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016).

É oportuno destacar, que quanto ao argumento utilizado pelo recorrente pelo fato de não ser correto à indenização por sua parte, uma vez que apenas exerceu um direito, o qual foi de provocação, e quem de fato deferiu foi o Judiciário, então a que cabia a obrigação de reparo deveria ser a este.

Porém, tal argumento não encontra respaldo uma vez que aquele que se utiliza de uma tutela de urgência gera ônus de reparar danos causados quando ficar configurado o abuso do direito, assim se posiciona a relatora em seu voto (ADRGHI, Nancy- Ministra Relatora- STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016).

Sobre a decisão da 3ª Turma, Nelson Rosendal entende que "a decisão do STJ deve ser fatiada em dois segmentos. Há um ângulo extremamente positivo e outro que me desagrada" (2017).

O ponto positivo, ao qual ele se refere é em relação ao avanço na tutela dos direitos da integridade psíquica, intimidade e preservação da autonomia da gestante, uma vez que ficou bem claro com o julgamento da ADPF 54/12 que quando se trata de fetos anencéfalos não há de se falar em aborto e sim antecipação terapêutica, e o mesmo raciocínio se aplica para os que possuem síndrome de Body Stolk. Até porque em ambos os casos não se tem possibilidade de vida extrauterina, razão pela qual, não se faz necessário uma adequação aos direitos da gestante com o do nascituro, pois a personalidade humana requer vida fora do útero da gestante.

Por isso, a relevância desse avanço, já que os pais devem ter o poder da autodeterminação de quererem ou não continuar com a gravidez, processo este que pode ser traumático, doloroso e difícil para ambos. Daí a ilegalidade do estado de retirar essa escolha destes.

Quanto ao ponto negativo, este se funda no fato da condenação do pai na reparação dos danos morais, uma vez que o autor questiona se houve de fato algum comportamento antijurídico praticado pelo pai, que justificasse tal condenação, onde este apenas estaria exercendo um direito.

Diante disso faz uma crítica quanto à configuração do abuso do direito, já que pelo fato de vigorar um sistema democrático, não estaria o pai agindo de forma abusiva ou antifuncional em provocar o Estado juiz para tentar ao menos impor seus conceitos, uma vez que o sistema democrático vigora no país, porém o mesmo fato embasou outro entendimento para a Ministra, pelo qual fez a mesma classificação a conduta como abuso do direito (ROSENVALD, 2017)

Quanto à responsabilidade pelo dano processual na tutela de urgência, sabe-se estar configurada quando o sujeito requerer uma liminar, valendo-se de fumaça, (probabilidade) e alegação de risco, se ocorrer sucumbência do requerente, este só indenizará a parte contrária caso esta prove o nexo causal e o dano injusto.

Diante disso, a ministra entendeu ser a ação temerária, estando mais claro ainda o abuso do direito de ação, contudo, o doutrinador aponta que não houve de fato nenhuma decisão definitiva que revogou o provimento para continuar com a gravidez, onde para o mesmo houve uma inovação do dano processual.

Outro ponto destacado por ele, é que no conteúdo do voto da relatora foi utilizado o argumento de que o Estado é laico e por isso não podia o padre invocar suas questões religiosas, porém em seu ponto de vista isso se mostra controvertido, uma vez que, Estado laico não é sinônimo de Estado ateu, pode sim os religiosos invocar suas crenças.

Assim, torna-se incorreto o STJ impor seu entendimento jurídico em relação à proteção da vida a qualquer pessoa que seja, pois não existe um consenso médico, religioso nem científico quanto ao início da vida humana (ROSENVALD, 2017).

## **7. Conclusão**

Vivemos em um estado laico e imparcial quando se trata das relações religiosas, a ideia de laicidade vem da não intervenção quanto à escolha da religião de cada indivíduo e, principalmente, da separação do Estado da religião. Além do mais é um dever do Estado permitir e garantir a liberdade religiosa, possibilitando assim que cada pessoa se identifique com sua crença e assim possa seguir acreditando nela.

Embora vivamos em uma sociedade democrática regida por um Estado laico, temos consciência de que a religião foi e permanece tendo uma grande importância. Sendo a base para a construção dessa e servindo como um condutor para o homem nas escolhas de sua vida, modo de pensar e se determinar além de promover o crescimento deste indivíduo nas relações sociais, contribuindo assim para o seu desenvolvimento pessoal.

Porém essa influência da religião na vida das pessoas pode ser significativa, fazendo com que elas tomem determinadas decisões com base no que seguem ou até mesmo influenciarem em suas vidas a ponto de determinar ou impedir algo. Diante disso, quando certas entidades religiosas, leia-se terceiros, se deparam com alguma questão, da qual eles se sentem na necessidade de tutelar, como por o exemplo, o caso em tela, estes querem se amparar em seu exercício regular de um direito como excludente de ilicitude para tentar impedir qualquer decisão que seja contrária aos seus valores.

Embora o Estado seja imparcial, quando se envolve religião, isso não significa que o indivíduo, que segue determinada ideologia ou professe dada religião, esteja proibido de invocar suas crenças e dogmas à outra pessoa. Porém, não é cabível que esta imposição ultrapasse a esfera do agente e venha violar direitos às vítimas do dano decorrente dessa violação.

Como verificamos no julgamento do caso em tela, entendeu-se que ainda que o padre tivesse o direito de ação, no exercício deste direito, excedeu-se, exercendo-o de forma abusiva e antifuncional, à medida que se insurgiu contra uma decisão judicial, que havia autorizado a antecipação terapêutica.



Tanto que a gestante já havia tomado remédios, internado em hospital, e foi impedida de se submeter a procedimento já iniciado.

Por outro lado, este entendimento está longe de ser unânime, tanto que o respeitado doutrinador civilista, Nelson Rosenvald não compactua com os fundamentos da decisão que condenou o impetrante do mandado de segurança ao pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a título de dano moral.

Conclui-se que apesar do livre exercício de uma crença ser considerado um direito fundamental, o qual é protegido como cláusula pétrea, e permite a possibilidade de se processar uma religião, por outro lado a dignidade da pessoa humana é também considerado um fundamento da república e serve como interpretação para os demais direitos.

Então quando diante do caso concreto, existe um conflito entre o direito a seguir os dogmas religiosos e do outro lado o direito a dignidade da pessoa humana, diante da inexistência de hierarquia entres estes direitos, já que se encontram em um mesmo plano, o julgador deve buscar a solução deste conflito utilizando-se da técnica da ponderação dos interesses, levando em conta o caso concreto.

Apesar da respeitável opinião do professor Nelson Rosenvald conforme citada no capítulo anterior, entendo que o julgado em tela no exercício da ponderação dos direitos, privilegiou o direito da mãe, uma vez que já havia iniciado o procedimento terapêutico, o que lhe causou mais danos dos já ocorridos.

## **Referências**

AURELIO, Marco Aurélio (relator). **STF. ADPF 54/2012**. Disponível em: [jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF\\_54\\_DF\\_1387980410881.pdf?Signature=Zn4kXnO58Vl1vpd03rp6V%2F8Mu0E%3D&Expires=1522002080&AWSAccessKeyId=AKI AIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=Zn4kXnO58Vl1vpd03rp6V%2F8Mu0E%3D&Expires=1522002080&AWSAccessKeyId=AKI AIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337). Acesso em: 25 de Março de 2018.

ADRIGHI, Nancy (relatora). STJ. **Recurso Especial N° 1.467.888**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seqencial=1548482&num\\_registro=201401589820&data=20161025&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seqencial=1548482&num_registro=201401589820&data=20161025&formato=PDF). Acesso em: 25 de Março de 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial arts. 121 a 212. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

CRUZ, Luiz Carlos Lodi. Condenação por impedir o aborto. **Provida de Anápolis**. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/529-condenacao-por-impedir-aborto>. Acesso em: 25 de Março de 2018

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian. **Aborto e legalidade: malformação congênita**. São Caetano do Sul, SP: Yendis Editora, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil do Padre**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/01/17/O-STJ-e-a-responsabilidade-civil-do-padre>. Acesso em: 25 de Março de 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL JUSTIÇA. **Padre é condenado a pagar danos morais por impedir interrupção de gravidez**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Padre-%C3%A9-condenado-a-pagar-danos-morais-por-impedir-interrup%C3%A7%C3%A3o-de-gravidez](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Padre-%C3%A9-condenado-a-pagar-danos-morais-por-impedir-interrup%C3%A7%C3%A3o-de-gravidez). Acesso em: 25 de Março de 2018

STOLZE, Pablo; GAGLIANO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2016.

## “Da lama ao caos”: o direito fundamental ao trabalho sob a luz da teoria crítica do direito e da teoria crítica dos direitos humanos

Carla Appolinário de Castro<sup>1</sup>  
Mariana de Freitas Barros Souza<sup>2</sup>

### Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo realizar um chamado à reflexão crítica do direito e de suas práticas a partir das contribuições da Teoria Crítica do Direito e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, compreendendo a necessidade de se reformular e buscar alternativas para além dos postulados tradicionais da dogmática e da práxis jurídica trabalhista frente às recentes alterações jurídico-legislativas promovidas no campo das relações de trabalho. Considerando os impactos dessas mudanças que se materializaram, em parte, com a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), importando direta e indiretamente em perdas significativas no que se refere às conquistas em termos de direitos, frutos da histórica luta da classe trabalhadora por melhores e mais dignas condições de trabalho e de vida, num vilipêndio direto ao postulado fundante do Direito do Trabalho, a noção de *proteção ao trabalhador* e ao entendimento constitucionalmente firmado do direito ao trabalho enquanto direito social fundamental, vide art. 6º e art. 7º, da CRFB/88, justificamos a proposta aqui intentada, recorrendo a análise da legislação e da jurisprudência trabalhista, bem como da pesquisa bibliográfica descritiva-analítica produzida acerca dos temas abordados.

### Palavras-chave:

Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Teoria Crítica do Direito. Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Graduada em Direito. Professora Adjunta do Departamento de Direito do Pólo Universitário de Volta Redonda, professora permanente do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito e pesquisadora da Universidade Federal Fluminense.

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito na Universidade Federal Fluminense/Polo Universitário de Volta Redonda (UFF-PUVR), monitora das disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e membro do Núcleo de Estudos Marxistas (NEM-UFF), integra o grupo de pesquisa da rede Universitas/Br CNPQ (Eixo 4: Trabalho no Ensino Superior).

## 1. Introdução

Considerando o longo processo de transformações que se inicia em meados dos anos 1970 com a implementação de novas formas de gestão da força de trabalho e inovações tecnológicas, configurando o que chamamos de reestruturação produtiva (SANTANA; RAMALHO, 2004, p.12), bem como os impactos dessas alterações no campo das relações de trabalho frente a intensificação desse processo nas últimas décadas que importou num crescente e profundo desmonte da legislação social protetora do trabalho, o presente trabalho tem por objetivo realizar um chamado à reflexão crítica do direito e de suas práticas, compreendendo a necessidade de se reformular e buscar alternativas para além dos postulados tradicionais da dogmática e da práxis jurídica trabalhista.

No Brasil, esse processo segue seu curso e parte dele se materializou com a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), no ano de 2017. Diversas foram as alterações que importaram direta e indiretamente em perdas significativas para a classe trabalhadora no que se refere às conquistas em termos de direitos, frutos da histórica luta da classe trabalhadora por melhores e mais dignas condições de trabalho e de vida. Entre elas, podemos citar as regras para o trabalho intermitente, a prevalência do negociado sobre o legislado, a redução ou supressão dos tempos de descanso, a autorização para se pagar menos que o salário mínimo, a inibição do acesso à Justiça, a supressão das horas *in itinere* entre outras mudanças trazidas pela nova lei, num vilipêndio direto ao postulado fundante do Direito do Trabalho, a noção de proteção ao trabalhador e ao entendimento constitucionalmente firmado do direito ao trabalho enquanto direito social fundamental, vide art. 6º e art. 7º, da CRFB/88, justificando-se, assim, a proposta aqui tentada.

## 2. Desenvolvimento

Diante das considerações acima levantadas, consideramos pertinente um resgate das reflexões realizadas por Luis Alberto Warat, no bojo da teoria crítica do direito que, numa provocação acerca da função social da dogmática jurídica, ressalta a importância de lançarmos um olhar mais atento a ela de modo a não desvinculá-la de sua historicidade, haja vista ser inviável a concepção das funções de organização, reprodução e consenso cumpridas pela lei dissociadas do saber que as constitui: o saber jurídico.

Para ele, o saber jurídico tem de ser entendido enquanto parte “integrante do esqueleto do direito, considerado como parte de uma formação social. O saber jurídico seria, então, o modo como se reveste a forma direito, no encobrimento das relações sociais” (WARAT, 1984, p. 25).

Para essa vertente da teoria crítica do direito, a questão que se coloca como fundamental é o modo como a produção das doutrinas jurídicas dominantes não denotam, meramente, insuficiências metodológicas. Elas

explicitam, em realidade, o poder social das significações jurídicas, bem como suas funções sociais específicas. Há, no discurso jurídico oficial, uma cisão forjada entre a lei e o saber jurídico, estando esse último a margem daquela e é, para Warat, justamente nesse “vácuo” que são constituídos os princípios do normativismo jurídico a que o autor atribui “ilusória sistematização, abstração e generalização”, pois deste modo, a lei passa a ser entendida como a “*expressão política que garante e organiza um jogo igualitário entre os homens, isolando-os do sistema de decisões e interesses*” (Warat, 1984), visão sob a qual se legitima uma dissociação entre vida privada e vida política, que passa a ocultar as reais funções do direito na sociedade, através do que o autor chama de “intermediação não participativa e apenas individual” através do direito.

E, nesse sentido, o saber jurídico se faz não somente útil, mas essencial para a construção e legitimação de noções gerais e abstratas, como a de “sujeito de direitos”, “contrato”, “cidadania”, entre outras figuras, institutos e postulados gerais do Direito. A falsa ideia de participação, através de limitados mecanismos de “representação” (direta ou indireta) assegurados pela lei, para o autor, cria uma falácia de que o Estado e a lei seriam, meramente, expressões de uma “vontade individual delegada”, omitindo o caráter intrínseco das relações sociais a que estes se vinculam e que os mesmos coordenam.

O saber jurídico, aqui materializado na forma das doutrinas jurídicas, é elemento constituinte e legitimador do Direito, não sendo possível a sua compreensão descontextualizada, isolada. Desse modo, podemos concluir que a norma é direito, mas não o é sozinha. Ela necessita de todo um arcabouço teórico formulado pelas doutrinas, pela Teoria Geral do Direito, pela Ciência do Direito que lhe permita existir, que lhe permita a validade (WARAT, 1984, p. 27).

Warat identifica um processo ele chama de *fetichização* da dogmática jurídica, ou seja, o manejo da dogmática jurídica como mero instrumento técnico a ser utilizado pelo jurista intérprete da lei, explicitando o caráter da ideologia funcional do saber jurídico, a qual, segundo Warat, denuncia a “*impossibilidade de aceitar na cultura jurídica fetichizada o desconhecimento da realidade do direito, como forma jurídica que organiza e possibilita as relações sociais que o condicionam*” (1984, p.21.). Desta feita, torna-se premente uma leitura invertida da *razão jurídica dominante*, do saber jurídico que se coloca como neutro, apolítico e supostamente parcial numa análise estritamente juricista do Estado e suas formas e institutos. No lugar disto, a adoção de um discurso que não se exima de tratar o jurídico como político e vice-versa. Um discurso que explicita e considere as diversas incidências e impactos sociais “*do dito, do calado, do reprimido, do que somos forçados a dizer ou interpretar*” a partir do saber jurídico posto. E, desta forma, como propõe a teoria crítica, tomar a forma jurídica como “*forma social a ser explicada e não como explicação do real*” (WARAT, 1984, p. 22).

Tal perspectiva se torna contundente ao analisarmos as peculiaridades do Direito do Trabalho como ramo do direito específico que é. O arcabouço

teórico em que se funda a disciplina justralhista possui explícita função social que se vincula a própria razão de ser do direito do trabalho, qual seja, a noção de "proteção ao trabalhador". Considerando a especificidade da relação "capital x trabalho", que é diversa da relação contratual do Direito Civil, por exemplo, aqui não se presume igualdade entre as partes, a natureza da relação de trabalho é, per si, desigual. Desta feita, justifica-se o tratamento desigual àqueles que se encontram em patamares e posições de poder econômico e social diversos, de modo a não incorrer, legitimar e institucionalizar injustiças.

No mesmo sentido, relevante se torna o resgate de um outro aspecto das normas justralhistas: sua condição de direito humano fundamental reconhecida em texto constitucional e em tratados internacionais. Para tal tarefa, reportamo-nos ao texto "Repensando Los Derechos Humanos Desde Las Luchas", do autor Manuel E. Gándara Carballido, que nos convida à tarefa de "reinventar os direitos humanos à partir das lutas por condições de vida dignas" (2014, p. 91). Para tanto, o autor parte de uma perspectiva de interpretação sócio-histórica dos direitos humanos, compreendendo-os enquanto "produto histórico das lutas dos povos em busca de sua libertação" (CARBALLIDO, 2014, p. 91). Esse entendimento, segundo o autor, nos condiciona a um embate pela consagração e efetiva garantia desses direitos no plano jurídico-normativo e, principalmente, no plano social, de modo que esse movimento não implique em um exaurimento da carga utópico-ideológica desses direitos. Para o autor, devemos nos lembrar que a mera normatização de direitos não implica em necessária garantia e efetividade dos mesmos, não devemos "confundir o reconhecimento jurídico com a efetiva fruição dos direitos" (2014, p. 92).

Para Carballido, esta tarefa somente se torna possível à partir de um conjunto de transformações de ordem política, econômica, social, cultural, etc., pois para o autor, não se deve "confundir o reconhecimento jurídico com a efetiva fruição dos direitos".

O autor situa sua exposição tendo como ponto de partida a segunda metade do século XX, onde passou-se a considerar como premissa de legitimidade de estados democráticos à formulação, o reconhecimento e a proteção aos direitos humanos, seja no âmbito interno dos Estados, seja no plano internacional. Tal importância dada a eles nos leva ao inevitável aprofundamento de uma discussão comprometida com a superação dos paradigmas postos, no desenvolvimento de uma teoria crítica dos direitos humanos, a qual já conta com diversas vertentes que nos apresentam posicionamentos que, por ora, assemelham-se, complementam-se ou destoam por completo.

Uma dessas críticas, que muito nos interessa aqui, compreende os direitos humanos como uma "nova forma de colonialismo ocidental", dada a relevância atribuída aos processos históricos ocidentais na construção dos paradigmas fundamentais desses direitos e devido, também, à tentativa de se criar, com isso, a ideia de um sujeito universal, desconsiderando à pluralidade e

diversidade cultural e histórica que nos caracteriza enquanto seres humanos, numa abordagem, por vezes, eurocentrada. Segundo Carballido, para esta corrente:

(...) os direitos servem como discurso ideológico para intervir na realidade a partir dos interesses das classes sociais que detém o poder, bem como a partir da ideologia e da cultura dominantes. Sob a pretensão de definir "o humano" em geral, abstraem-se os direitos das realidades concretas e, assim, realizam-se os objetivos das ideologias hegemônicas. (...) (Carballido, 2014, p. 93)

Tal entendimento, coaduna com a perspectiva da natureza ambivalente do Direito do Trabalho, apresentada por Carla Appolinário de Castro que, numa perspectiva crítica, considera que ao mesmo tempo em que a legislação trabalhista se mostra como um direito de classe essencialmente protetor/garantidor da classe operária e de seus interesses, também serve como instrumento de dominação da burguesia e de seu Estado. Ao mesmo tempo em que é conquista, produto da luta, esta se apresenta enquanto freio, enquanto entrave à mesma (2018, p. 36).

Para Vólia Cassar Bomfim, o Direito do Trabalho se reveste, também, de um *caráter socializante*, o qual acentua a *finalidade social* e o *caráter coletivo* do Direito, desapegando-se da noção *individual, privatista e patrimonialista* do direito comum e rompendo com a ideia do Estado não interventor, assumindo, de fato, uma a postura de "direito de classe", como expõe:

(...) a clássica inércia do Estado foi rompida, pioneiramente, pelo Direito do Trabalho para, através de uma legislação imperativa, garantir direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana, adotando o princípio da proteção ao hipossuficiente (caráter tuitivo ou protetivo) (...). A socialização dos direitos também está ligada às questões coletivas, já que obriga a repartição dos problemas com toda a sociedade, demonstrando a necessária solidariedade que deve existir entre os agentes sociais que influenciam nas relações de trabalho (Estado x sindicatos x empresários x economia x trabalhadores). Isto justifica a supremacia do direito coletivo sobre o individual. (CASSAR, 2015, p. 7. grifos nossos)

Como podemos observar, este é um ramo do Direito onde vemos com mais clareza e de forma mais explícita as relações sociais ali representadas, as quais sustenta e coordena. É sob estes fundamentos que se ergue e estrutura

toda a sistemática da disciplina, sua doutrina, jurisprudência, princípios, institutos, normas e demais preceitos.

Castro adverte, ainda, que é necessário o reconhecimento de que mesmo que o direito do trabalho configure-se enquanto um “mecanismo de consenso e de controle”, ele é limitado e suas vantagens também o são, pois estão destituídas do poder de superação da ordem vigente. O que, para Castro, significa dizer que as alterações “das condições objetivas e concretas de vida do trabalhador” (2018, p. 37), por si só, não alteram ou afetam a reprodução das relações de produção capitalistas.

Nesse mesmo sentido, Carballido nos apresenta a necessidade de compreendermos o campo dos direitos humanos como um campo em disputa. Entre as diversas perspectivas e leituras que se apresentam nesse meio, o autor nos mostra que, a liberal - ancorada em teorias jusnaturalistas e juspositivistas -, é a mais difundida, desempenhando o que o autor chama de “papel legitimador da ordem dominante”. Diante disso, torna-se tarefa primeira superar os postulados da teoria tradicional dos direitos humanos, os quais encobrem interesses de classe que, para ele, justificam e permitem a manutenção de “um sistema profundamente injusto de relações sociais, políticas, econômicas, culturais e ideológicas, onde a grande maioria dos homens e mulheres do mundo permanece em condições de subordinação” (2014, p. 20).

A conjunção das contribuições da Teoria Crítica do Direito e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos perfazem o caminho para uma alternativa viável de enfrentamento e instrumentalização das lutas em favor da classe trabalhadora frente aos recentes, permanentes e intensos ataques à legislação protetora do trabalho que vai desde a (re)construção e resgate teórico dos postulados fundantes da disciplina justralhista ao reconhecimento, defesa e efetivação do direito ao trabalho enquanto direito humano fundamental, num movimento que vai de baixo para cima. Para Carballido (2018, p. 29), “somente aqueles que estão indignados com a sua realidade podem reconhecer as injustiças do sistema consolidado e iniciar processos de transformação.” Razões pelas quais reafirmamos o compromisso na luta com e por aqueles que tem pressa, tem fome e, principalmente, a força e potência capazes de alterar e inverter a lógica egoísta, desumana e desigual dos tempos.

### **3. Conclusão**

Diante dos atuais ataques a legislação social protetora do trabalho, torna-se necessário e urgente o resgate dos princípios e fundamentos do Direito do Trabalho e, mesmo, dos princípios Constitucionais sob os quais se assentam a disciplina justralhista. Somos chamados ao resgate das funções sociais de uma disciplina que, mesmo com suas limitações, histórica e cotidianamente, reforça a sua necessidade e importância de existência dada a concretude dos



impactos oriundos do conflito entre capital e trabalho na vida da classe trabalhadora.

Reconhecer essas limitações e compreender a necessidade de superação e recriação dos direitos humanos e do direito do trabalho no campo de disputa axiológico que se coloca diante de nós, é tarefa precípua de todos e todas aqueles e aquelas comprometidos com o que Carballido chama de "construção social emancipatória" (2014, p. 24). Nesse sentido, o autor aponta para a imprescindibilidade da construção crítica dos direitos que viabilize a superação do seu uso enquanto ferramenta de manutenção do *status quo* e, "que leve a população à apropriar-se dos direitos e convertê-los em catalisadores de processos históricos" (CARBALLIDO, 2014, p. 26). Subverter a nova ordem das coisas torna-se tarefa primeira de todos aqueles e aquelas minimamente comprometidos com a defesa dos direitos e garantias fundamentais da classe trabalhadora.

Marchemos, da lama em que estamos ao caos necessário para a superação da atual "ordem" das coisas. Desorganizando, como propõe Chico Science (1994), podemos nos organizar.

## Referências

BOMFIM, Vólia Cassar. *Direito do Trabalho* - 11ª Ed. rev. e atual - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm) > Acesso em: 25 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de Maio de 1943)*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-normaatualizada-pe.html> > Acesso em: 25 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 25 de julho de 2018.

CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. *Repensando Los Derechos Humanos Desde Las Luchas*. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, Núm. 2, 2014, p. 75-90.

CASTRO, Carla Appollinario de. *Fundamentos do Direito do Trabalho*. Material de Apoio. Universidade Federal Fluminense - UFF, 2018. 38 p.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. Sociologia do trabalho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. 63 p.

SCIENCE, Chico. Da Lama ao Caos. In: Da Lama Ao Caos - Chico Science & Nação Zumbi. Sony Music: São Paulo, 1994. Cd Musical.

WARAT, Luís Alberto. A produção crítica do saber jurídico. *Em*: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1984.

# Perspectivas biotecnológicas na pós-modernidade: a irrenunciabilidade dos princípios bioéticos nas pesquisas genéticas

Luiz Claudio Gonçalves Junior<sup>1</sup>  
Cínthia Marques Carvalho<sup>2</sup>

## Resumo:

Falar sobre a biotecnologia é falar sobre o avanço científico e as modernas técnicas de manutenção da vida. Um dos campos em destaque é a engenharia genética, a qual tem avançado e feito descobertas que permitem ao homem sonhar com uma qualidade de vida cada vez melhor, todavia, existem restrições legais e éticas sobre esse avanço científico. Nossa pesquisa tem como objetivo geral mostrar a importância da biotecnologia e da engenharia genética como áreas direcionadas à melhoria e ao bem estar do homem. Especificamente, nosso objetivo é abordar os princípios bioéticos e alertar sobre os riscos de um avanço biotecnológico globalizado sem parâmetros éticos e legais. A pesquisa se justifica diante do consumismo existente na sociedade e do fortalecimento de empresas multinacionais que investem no setor biotecnológico.

## Palavras-chave:

Biotecnológicas. Pós-modernidade. Princípios bioéticos

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo / UNISAL; Pós-graduado em Direito do Estado e Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pela mesma instituição. Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba / UNIMEP. Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro / UNIRIO. Advogado, professor e pesquisador da Fundação Oswaldo Aranha - Centro Universitário de Volta Redonda - FOA/UNIFOA.

<sup>2</sup> Pesquisadora iniciante e bacharelanda do quinto período de Direito. Centro Universitário de Volta Redonda - FOA/UNIFOA.

## 1. Introdução

O ser humano deve ser respeitado em sua plenitude. Isso implica em evitar que ele seja utilizado para satisfazer interesses privados de pessoas físicas ou jurídicas. Fazemos essa abordagem inicial porque existe o perigo de instrumentalização da vida humana. O ser humano está muito exposto quando falamos sobre engenharia genética e biotecnologia, pois a técnica evoluiu e não há como saber onde é que podemos chegar com essas pesquisas. Porém, é possível afirmar que as questões envolvendo a clonagem e a predeterminação genética é uma realidade que afronta os princípios bioéticos e, conseqüentemente, o biodireito e o futuro da humanidade.

A globalização envolve uma disseminação de processos de ordem cultural, política e econômica, sendo que todos estão impulsionados pelo avanço da tecnologia. Assim, critérios de ordem política e econômica colocam em risco a proteção dos direitos humanos, pois houve uma valorização do setor privado em detrimento ao público. O Estado tornou-se incapaz de regular todas as situações que envolvem a biotecnologia porque o mundo globalizado não permite fronteiras, o que dificulta a imposição de legislação além dos limites nacionais.

Para uma melhor compreensão desse panorama, nossa pesquisa iniciará conceituando a biotecnologia e mostrando que é através dela que a manipulação genética se realiza. O objetivo é mostrar a sua relação direta com a engenharia genética e a importância de ter um Estado atuante sob o ponto de vista fiscalizatório. Em seguida, nossa pesquisa abordará os princípios bioéticos, os quais norteiam a manipulação genética e a biotecnologia. Nossa pesquisa levará em consideração a teoria da bioética principialista e as considerações expressas em seus princípios.

Abordaremos o atual estágio da técnica, relevando os riscos de uma pesquisa biotecnológica sem o devido respeito aos padrões éticos e legais vigentes. Concluiremos falando sobre biotecnologia sob uma perspectiva de futuro, alertando sobre os riscos de se violar a autonomia humana. Sem esgotar o assunto, mostraremos a amplitude da engenharia genética e a necessidade de maior regulamentação. Nossa pesquisa será descritiva e bibliográfica. Utilizaremos obras especializadas e dicionário voltado para essa temática, tendo como referencial teórico, os conhecimentos da pesquisadora Melissa Cabrini Morgato e Maria Helena Diniz.

## 2. Definindo a Biotecnologia

Gostaríamos de iniciar nossa pesquisa afirmando que somos favoráveis às inovações da biotecnologia, desde que pautadas pelos limites éticos e legais previstos atualmente, incluindo os instrumentos internacionais reconhecidos pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e

a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco. Neste sentido, encontramos:

A biotecnologia é a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais. Através dela os organismos vivos passaram a ser manipulados geneticamente, possibilitando-se a criação de organismos transgênicos ou geneticamente modificados (Lei n. 11.105/2005, art. 3º, IV e V, §§1º e 2º). (DINIZ, 2006, p.450).

Geraldo Eulálio do Nascimento Silva, Alain Arnaud e outros comungam desse conceito. É imperioso que medidas orientem os cientistas no campo da biotecnologia, visando salvaguardar a dignidade humana e a sobrevivência da espécie. O objetivo é evitar que os avanços biotecnológicos afetem negativamente os valores fundamentais do homem, transformando-o numa "coisa", lesando ou alterando seu patrimônio genético, único e que não se repete. (MARTINEZ *apud* DINIZ, 2006, p.451).

Para Luiz Antonio (SACCONI, 2010, p.280), a biotecnologia refere-se ao uso de micro-organismos como bactéria, por exemplo, ou substâncias biológicas "enzimas", na execução de determinados processos industriais ou de fabricação. Também pode ser considerada a aplicação dos princípios de engenharia e tecnologia às ciências vitais. O pesquisador Antonio Bento (BETIOLI, 2015, p.148-149), informa que a palavra "biotecnologia", em sua origem grega, significa: bios (vida), techno (técnica) e logos (estudo), ou seja, o estudo das técnicas aplicadas ao estudo da vida.

Percebemos que a biotecnologia é uma parte da engenharia genética que ao lidar com micro-organismos manipulados, pode incidir sobre vários setores da sociedade como indústria, agricultura, meio ambiente e na própria ciência. É importante que haja controle e que seja utilizada para o bem do homem. Vejamos:

O Estado, por intermédio de seus governantes, tem obrigação expressa, não apenas de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, como, ainda, fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. (GUERRA, 2005, p.14).

Essa fiscalização não pode falhar, sob pena de ver a dignidade humana sendo violada diante da ineficácia das normas nacionais e estrangeiras que tratam dos direitos humanos. A preocupação deve ser a saúde do homem e sua qualidade de vida. O Biodireito e a Bioética devem estar comprometidos com

todos os recursos naturais essenciais à nossa sobrevivência. No próximo tópico, verificaremos que o respeito às legislações existentes não basta.

### **3. Princípios balizadores no âmbito médico e biotecnológico**

Além da legislação vigente sobre biotecnologia, as quais estabelecem limites sobre as pesquisas científicas, existem princípios na Bioética que visam estabelecer parâmetros comportamentais para que a prática clínica melhore a qualidade de vida do ser humano e a proteção a sua saúde. Os assuntos são complexos:

A era da biotecnologia trouxe para a humanidade um amplo campo de novos temas a serem explorados, que por sua vez geram um grande debate bioético; são eles: a clonagem, a manipulação gênica e a terapia gênica, a seleção pré-natal, a eugenia, os transgênicos, a utilização de células-tronco, a seleção de embriões, que levaria à uma alteração do patrimônio genético, à discriminação, ao uso coercitivo da prática, entre outros. (BOREM; SANTOS *apud* MALUF, 2012, p.30-31).

Diante dos novos conhecimentos tecnocientíficos, amparado pelo vasto domínio da genética e da tecnologia médica, buscou-se novos instrumentos normativos de proteção e respeito à vida. As biotecnologias incluem o ser humano, a flora e a fauna, gerando interesses de ordem política, econômica e social. Assim, é importante ter uma legislação que possa dirimir os problemas que surgem na pós-modernidade e que decorrem do desenvolvimento biotecnológico. (MALUF, 2012, p.30).

Neste sentido, passemos a analisar os princípios da bioética que norteiam a manipulação do material genético humano. Eles são o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência e o princípio da justiça. Esclarecemos que abordaremos a bioética principialista.

A "autonomia" significa auto imposição de lei, mas, neste caso, será utilizada como sinônimo de capacidade para deliberar, calcular e escolher os meios necessários para atingir um fim. Sua concretização depende de três condições: a pessoa deve agir intencionalmente (querer fazer algo), com conhecimento do que faz (das consequências de suas ações) e livre de influências externas (não ser impedido de agir). Logo, uma criança não é capaz de se autodeterminar. (DALL AGNOL, 2005, p.16). E ainda:

[...] O indivíduo autônomo age livremente em conformidade com um plano de ação que ele mesmo escolheu. Praticamente, todas as teorias sobre a autonomia admitem que existem duas condições

essenciais para que as ações de uma pessoa sejam autônomas: *liberdade externa*, ou seja, o agente deve estar livre de influências externas que o controlem; e *liberdade interna*, ou seja, o sujeito deve ter a capacidade para agir intencionalmente.[...]. (BETIOLI, 2015, p.50).

A ideia é respeitar a autonomia da pessoa para que não seja utilizada como instrumento por livre vontade de outros. A pessoa deve ser livre para deliberar e agir livremente. No contexto da Bioética, dentro dos parâmetros legais e com base nesses princípios, o médico deve respeitar a vontade dos pacientes.

O princípio da beneficência implica em fazer o bem aos outros, agir em seu benefício, como as ações altruístas. Ele norteia as relações entre profissionais da saúde e seus pacientes, como, por exemplo, proteger e defender os direitos dos outros, prevenir danos, remover as condições que irão causar dano, ajudar pessoas deficientes, dentre outros. (DALL'AGNOL, 2005, p.22-23).

O princípio da não-maleficência tem tradição na ética médica, podendo ser encontrado no juramento de Hipócrates<sup>3</sup>, cujo principal enunciado é “não causar dano”, ou seja, se o médico não pode fazer o bem curando o paciente, deve, ao menos, evitar causar-lhe mal. (DALL'AGNOL, 2005, p.19).

De acordo com o pesquisador Antonio Bento (BETIOLI, 2015, p.51), a vida moral é complexa e nem sempre os benefícios estão dispostos de maneira quimicamente pura. No campo da Biomedicina, as intervenções médicas geram riscos e custos. Por isso, o ideal é aplicar o princípio da proporcionalidade de forma que a quantidade de benefício possa contrabalancear os danos ou incômodos surgidos com essa intervenção.

Analisando o princípio da beneficência e da maleficência, percebemos que um completa o outro. Parece-nos que o princípio de beneficência deve ser prioridade, ou seja, fazer sempre o bem. Não sendo possível, evitar causar dano, ou qualquer sofrimento desnecessário ao paciente. Neste caso do dano, a abrangência é física e também psíquica e ambos devem funcionar de forma harmônica.

O pesquisador Darlei (DALL'AGNOL, 2005, p.20), esclarece que o princípio da autonomia está mais focado no paciente, enquanto o princípio da não-maleficência está vinculado ao profissional da saúde. Muitos problemas bioéticos podem ser discutidos a partir desse princípio, como no caso da eutanásia.

---

<sup>3</sup> No juramento Hipocrático encontramos a ideia de não causar dano ao paciente: “Farei uso do regime de vida para ajuda do enfermo, segundo minha capacidade e reto entender. Do dano e da injustiça o preservarei”. (BETIOLI, 2015, p.50).

O princípio da justiça é mais complexo e deve ser analisado sob uma perspectiva formal e material. A justiça formal consiste em tratar as pessoas iguais de forma igualitária e as desiguais de maneira desigual. Isso é base dos relacionamentos humanos e também da Bioética. No campo prático não é tão simples como, por exemplo, distribuir os recursos da saúde de forma igualitária. Deve-se verificar se não há outras considerações importantes. Sob o ponto de vista material, existem complicações quando se pensa em “dar a cada um aquilo que lhe é devido, segundo a sua necessidade ou segundo o seu mérito ou de acordo com as leis do mercado”. Isso acabou gerando a proliferação de teorias da justiça e cada uma delas tem um enfoque diferente sobre a saúde: os utilitaristas analisam as políticas públicas como maximização do bem-estar; os liberais radicais sustentam que cada pessoa deve possuir seus meios privados para prover o necessário para si; os igualitaristas liberais defendem que certas necessidades básicas de saúde deve ser prioridade. Portanto, há dificuldade em encontrar um denominador comum. (DALL’AGNOL, 2005, p.24-28).

No âmbito médico, o que mais interessa é a questão da distributividade. É a distribuição equitativa dos direitos, benefícios e responsabilidades. Os problemas surgem porque os bens são escassos e as necessidades múltiplas. Coerente é recorrer aos dois critérios de justiça. Ele é mais complexo porque enquanto os outros princípios possuem como objeto a dignidade da pessoa humana, o princípio da justiça é voltado para a sociedade política, exigindo certas obrigações como: a construção de hospitais, ambulatórios, programas de saúde preventiva, dentre outros. (BETIOLI, 2015, p.52-53).

Portanto, esses princípios norteiam o campo da bioética e da biotecnologia, pois eles devem ser respeitados em quaisquer circunstâncias, ainda mais quando tratamos de material genético. Perder essa referência é projetar a conduta médica para a violação da dignidade da pessoa humana. No próximo tópico, faremos uma abordagem sobre o estado da técnica no contexto da globalização.

#### **4. Pensando o estado da técnica no mundo globalizado**

Negar os benefícios da ciência e do avanço tecnológico é ser contra o nosso atual estágio de bem estar social. Em que pese os benefícios atingidos, principalmente, no campo da medicina, temos de ter cautela com os avanços tecnológicos e as pesquisas científicas, pois existem novas preocupações éticas e jurídicas, fruto do concomitante desenvolvimento da sociedade.

Para a pesquisadora Melissa Cabrini (MORGATO, 2012, p.31-33), não é apenas a clonagem que gera preocupações. Implicações éticas, políticas e jurídicas são reais quando se pensa na perda de controle da biotecnologia sobre os riscos de ter uma sociedade humana dominada pelo progresso da técnica, onde o homem caminha na direção de instrumentalizar a natureza e a vida de outros homens.



A globalização trouxe várias mudanças na sociedade. O consumo excessivo fez predominar o espaço privado com a conseqüente supremacia do capital financeiro. Grandes empresas transnacionais impuseram suas diretrizes aos Estados, gerando crise institucional e frágil controle da ordem político-social. A globalização encurtou distâncias e dificultou a legitimidade das normas jurídicas e éticas quanto aos limites e conseqüências indesejáveis do desenvolvimento biotecnológico. Até a soberania dos Estados foi afetada. O mercado mundial estabeleceu seu domínio e limitou o poder dos Estados, os quais encontram dificuldades em regular e limitar a biotecnologia. Se determinado país proíbe a clonagem, nada impede que pessoas interessadas em utilizar essa tecnologia possam se deslocar para outro país e realizar o procedimento desejado sem impedimentos. (MORGATO, 2012, p.33-35). E ressalta:

Pode-se afirmar que, no interior do quadro que ora esboçamos, a ciência e seus progressos inserem-se na mesma dinâmica e no mesmo sentido do processo global. Também ela tende a tratar a vida como uma mercadoria altamente lucrativa e ameaça a compreensão ética tradicional da natureza humana, pois tende a considerar e a tratar como meio o que, até agora, fora um fim em si. O conhecimento está colocado a serviço da economia global e sob o domínio da vida privada. Tudo tem um preço, tudo pode ser comprado. As velhas instituições disciplinares de Direito e Estado não mais têm condições de frear o processo e estabelecer a sensata medida do que é desejável e do que deve ser rejeitado. A vida é guiada pela sociedade de consumo, por escolhas e por responsabilidades individuais, uma vez que as pessoas são orientadas por suas próprias preferências arbitrárias. (MORGATO, 2012, p.36).

Houve uma ruptura entre a técnica e a ética. Fomos criados nesse binômio clássico, mas o futuro-presente mostra esse rompimento, em que a ética é visualizada como "algo estranho". (MARTINEZ; MUCHERONE *apud* MORGATO, 2012, p.37).

Interesses privados e mercadológicos estão desatrelando as empresas biotecnológicas dos seus limites e comprometendo as gerações de direitos humanos, pois esses terão dificuldades em inserir valores diante dos imperativos econômicos dos mercados, em que sobressaem o lucro, a produtividade e a competitividade. O mundo globalizado e capitalista que vende a biotecnologia é capaz de programar a vida humana em laboratório para aliená-la. Evitar o uso nocivo da biotecnologia não é uma tarefa fácil de equacionar através do uso da lei. Existe uma zona obscura que abre espaço para a prática eugênica, principalmente quando recebe o apoio de grandes grupos

transnacionais, os quais estão atrelados a poderosos grupos econômicos e industriais. A promulgação de normas legais e éticas é importante, mas se mostra insuficiente para resolver os problemas atuais da sociedade. (MORGATO, 2012, p.38-39).

O que percebemos é que as normas legais e éticas são importantes no equilíbrio entre o desenvolvimento das pesquisas e seus reais benefícios, todavia, é insuficiente diante do avanço da própria sociedade e de grupos transnacionais que investem em biotecnologia, pois esses grupos instalam-se em países cuja legislação é mais branda e permitem certas pesquisas que colocam em risco a dignidade do ser humano. E ainda:

Os avanços biotecnológicos podem ser classificados em três categorias: 1. Os que permitem a cura das doenças a custo moderado; 2. Os que facilitam e fazem prevenir as doenças e a promoção da saúde com pouco gasto; 3. Os que permitem manter a saúde e uma qualidade de vida aceitável, porém para sua manutenção necessitam grandes investimentos materiais e humanos. (FRANÇA, 2017, p.496).

O último tipo de avanço tecnológico é o que cria os maiores dilemas frente à necessidade de progresso tecnológico no cuidado da saúde. O fato de determinado procedimento médico ser tecnicamente consagrado, não implica que seja eticamente correto. O ato médico pode ser visto sob dois prismas: o do procedimento correto e o da retidão moral. A associação entre as ciências da saúde à tecnologia tem proporcionado maior cura por conta de sua precisão, mesmo diante do alto custo e dos riscos elevados. Esses bons resultados, porém, estão indisponíveis a um elevado número de indivíduos por conta do seu alto custo. Soma-se a isso o uso abusivo dos meios tecnológicos e da violação de vários preceitos éticos, além da omissão do profissional na participação crítica desse processo de transformação. (FRANÇA, 2017, p.496).

A biotecnologia pós-moderna trouxe vários benefícios para a sociedade, mas há violações de ordem ética e até legal quando pensamos em nível globalizado. Se a legislação não tem a força necessária para coibir todas as ações, entendemos que a medida mais coerente para impedir futuras violações é que os profissionais mudem o seu comportamento. No próximo tópico, verificaremos o atual estágio da biotecnologia, sem desconsiderar a importância da engenharia genética.

## **5. O estágio atual da biotecnologia e da engenharia genética**

Vimos que a biotecnologia trouxe muitos benefícios ao homem, mas os riscos futuros são enormes. As políticas públicas de saúde são de grande importância, pois irão nortear as pesquisas e serão responsáveis pela

salvaguarda da vida humana. Isso implica em afirmar que a biotecnologia pós-moderna deverá respeitar as normas éticas, jurídicas e também políticas. Neste último caso, ganha ainda mais relevância os tratados e os pactos que o Brasil vier a firmar sobre o assunto, pois o desafio é muito grande.

Que hoje em dia as relações simétricas e igualitárias entre as pessoas estão ameaçadas de sofrer o enquadramento reificador e objetivante da produção (bio) técnica comprova-se pelo predomínio do mercado de consumo sobre o curso das pesquisas genéticas, que também se utilizam do corpo humano como matéria-prima de aperfeiçoamento, ou seja, reduzem-no à categoria de objeto passível de manipulação e de reconstrução, equiparando-o a uma máquina, a um corpo-máquina. (MORGATO, 2012, p.40).

Constatamos que a biotecnologia pode enquadrar o homem a um mero objeto da pesquisa, violando a sua dignidade e os direitos humanos, especialmente quando houver quantias vultosas envolvidas nas mesmas, o que releva ainda mais os procedimentos da engenharia genética e o futuro da biotecnologia.

Considera-se que a engenharia genética compreende dois ramos de manipulação genética: a molecular e o celular. A primeira ocorre num nível sub celular, operando diretamente na molécula ADN. Essa técnica permite a produção, reprodução e transmissão de caracteres às células filhas (clones). Existem dificuldades técnicas e não há como mensurar o que pode ser realizável, seja por conta da carência de regulação ou de regiões ainda inexploradas do genoma humano. A engenharia celular ocorre em nível menos microscópico, operando dentro do núcleo da célula. Por ela, também é possível obter clones geneticamente idênticos ao dador da célula. Essa técnica está mais próxima das técnicas de manipulação de embriões humanos e, por conta disso, desperta maior clamor público e preocupações. (TRE RE, 2001, p. 387-388). E ainda:

[...] O primeiro sucesso de uma experiência de fusão nuclear, com "passagem" (atribuição) para os cromossomos humanos de genes provenientes de células de rato, remonta a 1965. Foi então que se começou a falar de "engenharia genética". A aplicação da clonagem na agricultura é, hoje, uma técnica economicamente rentável. (TRE RE, 2001, p.388).

Observamos que independentemente do tipo de engenharia genética a ser utilizado, ambos merecem parâmetros políticos, legais e éticos, pois afetam o homem direta ou indiretamente em sua dignidade. As medidas restritivas tornam-se oportunas quando sabemos sobre os perigos da clonagem, ainda

que em outras áreas como a agricultura, bem como, em saber que a engenharia genética evoluiu sobremaneira de 1965 até os dias atuais. Neste sentido, destacamos:

Consoante Habermas, é problemático o fato de um filho não se identificar com as intenções estabelecidas geneticamente por seus pais. A esse respeito avalia que [...] “para tal pessoa, existe o perigo de ela não se compreender como a autora única de sua própria vida e também se sentir, enquanto descendente, de pés e mãos atadas pelas decisões genéticas das gerações precedentes, que vão se condensando cada vez mais. (HABERMAS *apud* MORGATO, 2012, p.117).

**Quando o pai se projeta no filho e define suas características, ele se apropria de sua autonomia e o torna um objeto. É uma ação que desconsidera a qualidade dos homens como seres racionais; como fins em si mesmos, o que é inadmissível. (MORGATO, 2012, p. 117). Em seguida, expõe:**

Seguindo esse raciocínio, o pai que deseja determinar as características genéticas do filho, tais como cor do cabelo, a estatura, ou disposições, com bom humor, agressividade e capacidades; como habilidades atléticas, força física, inteligência ou memória, também age de modo reificador em relação ao filho. Mesmo sempre desejando o melhor para o filho, é incapaz de prever qual dessas circunstâncias lhe seria benéfica no contexto de sua história de vida. Muitas vezes, os pais poderão agir sob o domínio de um modismo ou de normas culturais momentâneas e prejudicar o futuro do filho, com a agravante de impedir que ele se compreenda como uma pessoa autônoma. (MORGATO, 2012, p. 117).

Finalizando, vemos o quanto o ser humano é único na natureza; cada um com seu gene, com suas características físicas e psíquicas diferenciadas. Determinar a alteração de seu gene através de manipulações genéticas é torná-lo um objeto e uma grave violação ao princípio ético da autonomia. Sabemos que muitas doenças graves podem ser evitadas através da engenharia genética, mas, por conta da má conduta de muitos especialistas e da indústria transnacional que atua sobre o setor, acreditamos que a imposição de limites legais e éticos deve ser contínua para melhor responsabilizar quem violar as regras. Se a biotecnologia e a engenharia genética encontram-se num estágio avançado, acreditamos que o dinamismo bioético e jurídico deve estar no mesmo estágio de monitoramento e reprimenda. Renunciar aos princípios bioéticos e jurídicos é colocar em risco o futuro da humanidade.

## 6. Conclusão

Constatamos que os avanços da biotecnologia são inevitáveis, e, conseqüentemente, constroem novas realidades sociais, as quais cabem ao direito compor, interpretando as reais necessidades do ser humano. Para isso, o direito busca soluções com base na garantia de um mínimo protetivo, salvaguardando direitos essenciais, como a vida, a saúde e a dignidade. Dessa forma, as legislações vigentes sobre biotecnologia estabelecem limites sobre as pesquisas científicas, que deverão respeitar as normas éticas, jurídicas e políticas.

Existem preocupações éticas e jurídicas em relação aos avanços tecnológicos e as pesquisas científicas, devido ao desenvolvimento da sociedade. Por isso, as normas legais e éticas são importantes no equilíbrio entre o desenvolvimento das pesquisas e seus reais benefícios. E com isso, o Estado deve ser atuante sob o ponto de vista da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, impedindo que a dignidade humana seja violada.

Torna-se evidente, portanto, que o Biodireito e a Bioética devem estar comprometidos com todos os recursos naturais e essenciais à sobrevivência do ser humano. Respeitando os princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça, contribui-se para evitar a instrumentalização da vida humana, "coisificando-o", com a lesão ao seu patrimônio genético.

Concluimos que apesar dos riscos de enquadramento do homem a um mero objeto de pesquisa, com violação da sua dignidade, a biotecnologia tem potencial para trazer muitos benefícios ao homem e melhorar a sua saúde e qualidade de vida, como, por exemplo, evitando muitas doenças através da engenharia genética. Acreditamos que a formação de uma conscientização coletiva, no momento da elaboração das políticas públicas de saúde, pode contribuir para o futuro das pesquisas e da preservação da vida humana. Só podemos falar em uma biotecnologia pós-moderna "justa" se o ser humano for respeitado em sua plenitude, o que implica obediência aos princípios bioéticos e jurídicos.

## Referências

APPOLINÁRIO, Fabio. *Dicionário de Metodologia Científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética, a ética da vida*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

BOREM, Aluizio; SANTOS, Fabrício R. Biotecnologia simplificada, p.210-211. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, César do Rego Freitas Dabus, p. 23-42. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa;

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. (Orgs.). *Novos desafios do biodireito*. São Paulo: Ltr, 2012.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética*. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar (Coleção passo-a-passo;55), 2005.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo constitucional no Brasil: os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética, p.1-26. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Org.). *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

HABERMAS, Jurguen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. São Paul: Martins Fontes, 2004. In: MORGATO, Melissa Cabrini. *Bioética e Direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano*. São Paulo: Letras Jurídicas (Coleção Univem), 2012.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. (Coords.). *Dicionário de Bioética*. Tradução de A. Maia da Rocha. Vila Nova de Gaia/Portugal: Editora Perpétuo Socorro; Aparecida/SP: Editora Santuário (Coleção Dois Mundos), 2001. ISBN: 8810205693

MARTINEZ, Stella Maris. Manipulação genética, p.57. In: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORGATO, Melissa Cabrini. *Bioética e Direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano*. São Paulo: Letras Jurídicas (Coleção Univem), 2012.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

TRE RE, Giampiero. Ingegneria genética: aspetti tecnici, valutazione ética. Bioetica e Cultura, p.387-391. In: LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. (Coords.). *Dicionário de Bioética*. Tradução de A. Maia da Rocha. Vila Nova de Gaia/Portugal: Editora Perpétuo Socorro; Aparecida/SP: Editora Santuário (Coleção Dois Mundos), 2001. ISBN: 8810205693

## **Pesquisas com seres humanos e seus limites legais: eugenia e direitos humanos em evidência**

Luiz Claudio Gonçalves Junior<sup>1</sup>  
Patrícia de Fátima S. Perino<sup>2</sup>

### **Resumo:**

Pensar as pesquisas com seres humanos requer cuidados por conta das questões éticas e legais, o que releva a Bioética e do Biodireito. O mundo viveu os horrores de duas grandes guerras, sendo a última marcada por experiências científicas com humanos. A eugenia se fez presente das formas mais desprezíveis, ferindo a dignidade da pessoa humana. Essa pesquisa tem como objetivo geral mostrar a importância de se limitar as pesquisas com seres humanos, evitando que o homem seja transformado em objeto. Especificamente, nosso objetivo é mostrar que a ciência deve servir ao homem, razão pela qual os direitos humanos devem ser o paradigma para que experiências bizarras não voltem a ocorrer. A pesquisa se justifica diante do relato de casos verídicos, bem como, serve de alerta sobre os perigos da clonagem humana, como no caso fictício trazido pelo filme "Meninos do Brasil" [CD-ROM].

### **Palavras-chave:**

Pesquisas. Seres humanos. Eugenia. Direitos Humanos

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo / UNISAL; Pós-graduado em Direito do Estado e Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pela mesma instituição. Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba / UNIMEP. Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro / UNIRIO. Advogado, professor e pesquisador da Fundação Oswaldo Aranha - Centro Universitário de Volta Redonda - FOA/UNIFOA.

<sup>2</sup> Pesquisadora iniciante e bacharelanda do quinto período de Direito. Centro Universitário de Volta Redonda - FOA/UNIFOA.

## 1. Introdução

Uma das preocupações da humanidade consiste em verificar os atuais limites da Ciência e sua incidência sobre os seres humanos, os quais não podem ser meio, mas um fim, em si mesmo. Buscar uma razão prática e científica para as pesquisas torna-se um grande desafio. Entendemos que o homem não pode ser utilizado como instrumento para a busca de novos resultados. A essência humana deve ser respeitada e isso consiste na preservação da sua dignidade. A frase maquiavélica de que “os fins justificam os meios” deve ser desconsiderada, pois estaríamos transformando o homem numa “coisificação” da pesquisa científica. Por isso, entendemos importante abordar a questão da clonagem e da eugenia.

O pós Segunda Guerra Mundial nos legou o Código de Nuremberg, em 1947, considerado o primeiro Código Internacional para pesquisas com seres humanos. Esse é apenas um dos vários documentos legais que tratam do assunto. Fazendo uso de bibliografia e site especializado no assunto, nossa proposta é analisar a dignidade da pessoa humana sob seus vários fundamentos; em seguida, pretendemos fazer um breve comentário sobre o filme “Meninos do Brasil”, o qual trata sobre clonagem humana; posteriormente, verificaremos os parâmetros éticos e legais, em nível internacional sobre as experiências com seres humanos. Nossa pesquisa será descritiva e finalizada com um tópico sobre os limites trazidos pela legislação em vigência no Brasil.

## 2. A dignidade da pessoa humana e seus fundamentos

Tratar dos assuntos que envolvem o Biodireito e a Bioética consiste em falar dos avanços científicos e, sobretudo, do homem. Ainda que o uso da técnica médica seja relevante, o homem é o destinatário principal e sua dignidade deve ser respeitada. Mas o que podemos considerar como dignidade da pessoa humana?

Para o professor Pablo Jiménez (SERRANO, 2013, p.92-94), a dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios jurídicos, por meio do qual se pretende apreender a vida (vida digna) como um dos valores básicos invocados por juristas, filósofos e políticos. Informa que a vida nos remete a ideia de valor quando falamos “direito à vida”, mas também em princípio quando falamos em “vida digna”. A vida de nada serviria sem dignidade. Por isso, ela se relaciona com os direitos humanos e as questões da Bioética.

O professor Pedro (LENZA, 2017, p.1108), informa que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme Artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, e também o “princípio-matriz” dos direitos fundamentais.

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do



Estado Democrático de Direito (CF, art.1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. A pessoa humana e sua dignidade constituem o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Por isso, a bioética (como o biodireito) não poderá admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna [...]. (BETIOLI, 2015, p.69-70).

A Segunda Guerra Mundial trouxe a necessidade de proteção dos direitos humanos, sendo que esse movimento humanitário chegou até a Constituição Federal vigente, cientes de que essa proteção está prevista em documentos internacionais. A dignidade da pessoa humana passou a ser um referencial para o controle da normatização prevista na Lei Maior, em leis infraconstitucionais e na relação entre particulares. Corresponde a afirmação da plenitude da humanidade e às condições materiais da pessoa humana. (SILVA NETO, 2016, p.150):

(...) a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, eu não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano. Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. (SILVA *apud* SILVA NETO, 2016, p.151-152).

Constatamos que a dignidade da pessoa humana vai além da mera garantia de direitos e da oferta de bens materiais. Ela é inerente a essência do ser humano, razão pela qual não é uma criação legislativa, mas fruto de nossa própria existência. Com isso, os direitos humanos foram sendo consagrados e sua efetividade exigida nos documentos internacionais.

O jurista Luís Roberto (BARROSO, 2014, p.15), esclarece que a dignidade humana no período pré-moderno esteve vinculada a uma sociedade hierarquizada, ocasião em que as desigualdades entre as pessoas era parte constitutiva dos arranjos institucionais; um privilégio de quem era da nobreza, o que lhe garantia tratamento especial e direitos exclusivos. Todavia, o conceito atual de dignidade humana tem base filosófica e religiosa e é anterior a fase pré-moderna. Assenta-se no pressuposto de que é um valor intrínseco e que cada ser humano desfruta de uma posição especial no universo.

Religiosamente, o marco clássico da dignidade da pessoa humana decorre da tradição judaico-cristã, do Iluminismo e do período posterior à Segunda Guerra Mundial. O âmago pode ser encontrado na Bíblia Judaica, no

Velho Testamento, em que “Deus criou o homem a sua própria imagem e semelhança”. Muitos afirmam essa influência do cristianismo em todo o Ocidente. Sob o ponto de vista filosófico, a primeira menção à dignidade da pessoa humana fica com o orador e estadista romano, Marco Túlio Cícero, no seu tratado intitulado “De Officiis” (Sobre os deveres), de 44 a.C., no qual ele distingue a natureza dos homens da dos animais e está vinculado à política e dissociado do aspecto religioso.

O impulso veio com o Iluminismo e com os filósofos Rousseau, Locke, Hobbes e suas concepções sobre política, democracia e liberdade. Eles romperam com o autoritarismo medieval e as manipulações religiosas construídas na sociedade medieval. Passou-se a valorizar a razão e o conhecimento. Historicamente, os ideais fascistas e socialistas, principalmente, as atrocidades no que tange ao genocídio de pessoas levaram as nações vencedoras a defenderem a bandeira de uma paz duradoura baseada na defesa dos direitos humanos. A dignidade passou a ser incorporada nos discursos políticos e jurídicos com base em dois fatores: a elaboração de documentos jurídicos internacionais em defesa da dignidade da pessoa humana e o nascimento de uma cultura jurídica pós-positivista que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, numa nova interpretação das normas jurídicas. (BARROSO, 2014, p.15-20).

Vimos que a dignidade da pessoa humana tem fundamentos diferentes, o que inclui as considerações sobre o ponto de vista jurídico, político, filosófico e religioso. Eles não são excludentes, mas interpretativos e de reconhecimento universal, o que implica o seu respeito em todas as áreas do conhecimento, principalmente a Bioética e o Biodireito, cuja temática atinge a experiência com seres humanos. Por conta disso, achamos oportuno comentar o conteúdo do filme “Os meninos do Brasil”, no próximo tópico.

### **3. Breve relato sobre o filme “Os meninos do Brasil”**

Além das tragédias humanitárias trazidas pela Segunda Guerra Mundial, existem fatos que nos causam perplexidade quando discutimos a atuação nazista nesse período: campos de concentração, torturas e perseguição contra judeus, a morte de jovens, crianças, mulheres e idosos em câmaras de gás e locais de incineração. Não obstante, ainda temos de considerar as experiências genéticas praticadas pelos comandados de Adolf Hitler.

Neste momento, interessa falar sobre a eugenia sob a perspectiva do filme “The boys from Brazil”, traduzido em português para “Os meninos do Brasil”. O filme é do Diretor Franklin J.Schaffner e do roteirista Heywood Gould, recebendo três indicações ao Oscar, com melhor ator (Laurence Olivier), melhor montagem e melhor canção (Jerry Goldsmith). Foi indicado ao Globo de Ouro, com destaque para o ator (Gregory Peck).

O ator Gregory Peck, representa o médico nazista Joseph Mengele no filme. Faz diversas experiências genéticas com os nativos da pequena ilha onde mora no Paraguai. Ele planeja o nascimento do 4º Reich, ou seja, a criação de um império mundial dominado pela raça ariana, a qual entende ser superior. As demais raças ficariam subordinadas a esse novo Estado de característica militar e controlado por nazistas. Para obter tal objetivo, faz noventa e quatro clones de Hitler em idade adolescente. Busca traçar o perfil psicológico de Hitler e o filme se desenvolve neste sentido. Para impedi-lo, temos a atuação de Laurence Olivier, no papel de Ezra Lieberman, um renomado judeu caçador de nazistas. Para fazer os noventa e quatro clones de Hitler, o médico Joseph Mengele faz uso de técnicas e experimentações genéticas em seu laboratório particular, bem como, faz outros experimentos científicos usando animais que habitam a ilha onde mantêm o laboratório.

A missão dada aos agentes nazistas é matar os noventa e quatro homens, os quais haviam adotado os clones de Hitler. Eles estavam espalhados pelo mundo em países como Alemanha, Suécia, Inglaterra, Estados Unidos, Noruega, Áustria, Holanda, Dinamarca e Canadá. Essas mortes deveriam acontecer na mesma data ou em datas próximas uma das outras. Todos esses homens teriam 65 anos quando da data de sua morte. Joseph Mengele queria com isso, representar ao máximo, a idade em que Hitler perdeu o pai. Portanto, além das experiências genéticas, preocupou-se em considerar a fase em que perdeu o pai e simular o ambiente vivido por Hitler quando ainda era jovem. Consta no filme que Joseph Mengele tinha material genético de Hitler, o que possibilitou fazer a clonagem a partir de suas próprias células e seus experimentos com humanos. Sobre Joseph Mengele, consideramos:

Assim, por exemplo, o mundo conhece das atrocidades cometidas pelo tristemente célebre médico nazista Josef Mengele (16 de março de 1911 – 7 de fevereiro de 1979), oficial alemão, chefe da principal enfermaria do campo de Birkenau, que formava parte do complexo Auschwitz – Birkenau. Sabe-se que, em suas experiências com seres humanos, Mengele injetava tinta azul em olhos de crianças, unia as veias de gêmeos, deixava pessoas em tanques de água gelada para testar suas resistências, amputou membros de prisioneiros e coletou milhares de órgãos em seu laboratório. (SERRANO, 2013, p.138).

Percebemos, portanto, que Mengele era conhecido por suas experiências com seres humanos. Um detalhe curioso em relação ao filme é que as crianças espalhadas pelo mundo com o material genético de Hitler eram gêmeas. Essas crianças chegavam nessas famílias por um processo de adoção fraudulento, precedido de um minucioso estudo envolvendo o pai e a mãe das crianças adotadas. Vejamos uma síntese do diálogo entre Frieda Maloney

(funcionária alemã que trabalhava na agência de adoção) e Liebermann (caçador de nazistas).

“Eram casais rejeitados para adoção porque o marido era muito velho. O marido deveria ter nascido entre 1910 e 1914 e a esposa entre 1933 e 1937. O marido deveria ser um funcionário público e o casal deveria ser sadio, bem como, de origem nórdico-cristã. Eu identificava essas famílias para a organização nazista, na Agência de adoção Rush-Gaddis, nos EUA, entre os anos de 1964 e 1967. Eu ligava para os casais rejeitados e oferecia-lhes um bebê de cútis branca, cabelos pretos e olhos azuis. Recebia para entregar as crianças e regularizar os documentos da adoção. As crianças chegavam até mim através de aeromoças da empresa aérea brasileira Varig”. (SCHAFFNER, 1978, 01:55 a 01:31min.)<sup>3</sup>.

Está explicado porque o filme chama-se “Meninos do Brasil”. Percebemos o quanto a eugenia foi tão bem vista pelos nazistas na vida real. Com certeza, existia por parte deles a possibilidade de criar uma raça humana pura, subjugando as demais. A ficção trazida pelo filme não impede nossa reflexão sobre o perigo das manipulações genéticas e as experiências com seres humanos. A Segunda Guerra Mundial revelou técnicas científicas que violavam totalmente a dignidade da pessoa humana através da prática eugênica.

A eugenia tem o significado de “gerar bem”, mas também resulta na ciência que estuda as melhores condições para a reprodução e aprimoramento da espécie humana. Tem uma vertente teórica e outra prática, cuja combinação busca melhorar as qualidades hereditárias das gerações humanas, seja no aspecto físico ou mental. Portanto, visa melhorar geneticamente as populações humanas, tendo como função conservar, preservar e melhorar o patrimônio genético da humanidade. (BETIOLI, 2015, p.153).

O termo eugenia foi utilizado pela primeira vez em 1883, pelo cientista inglês Francis Galton, pioneiro no tratamento matemático da hereditariedade, no seu escrito “Inquiries into the Human Faculty”. Esse termo significava “bom nascimento” e devia denotar a ciência para melhorar a espécie humana, dando às raças e estirpes de melhor sangue uma maior probabilidade de dominar rapidamente os menos dotados. Deixou escrito que gostaria que sua pesquisa servisse de um guia para que esse objetivo fosse alcançado. Muitos eugenistas, cientistas e não cientistas, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, pediam leis e planificações estatais para favorecer a reprodução de sujeitos “socialmente desejáveis” ou para prevenir, através de esterilização, da segregação sexual e das restrições legais sobre o matrimônio – a procriação de sujeitos “indesejáveis”. Esses planos foram legalizados em vários países, como

---

<sup>3</sup> O filme tem duração de 125 minutos, tendo legendas em português, espanhol e inglês. A contagem do tempo do filme é feita em ordem decrescente.

Estados Unidos da América, chegando ao extremo na Alemanha nazista. (SERRA, 2001, p.447). E ainda:

Estes excessos, em que uma ciência sem claros fundamentos ou pseudociência – sustentada por associações como a American Eugenics Society e a Britain’s Eugenics Society – e a política se misturaram para trabalhar numa diretriz evidentemente desumana, suscitaram uma reação momentânea de repulsa e de condenação. Mas essa corrente de pensamento e de ação não desapareceu completamente. Um movimento, na mesma direção, não tardou a ressurgir e, desta vez, proposto em bases consideradas rigorosamente científicas, de modo a justificarem uma nova eugenia. (SERRA, 2001, p.447-448).

Vemos o quanto o nazismo e a Segunda Guerra Mundial transformaram a humanidade. Experiências científicas foram realizadas sem levar em consideração a dignidade da pessoa humana. No próximo tópico, verificaremos alguns casos fáticos e as primeiras definições ocorridas no campo das pesquisas com seres humanos.

#### **4. Parâmetros ético-legais internacionais de pesquisas com seres humanos**

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrota do nazismo, foi necessário refletir e colocar em prática um conjunto de medidas que garantissem o futuro da humanidade. Experiências com seres humanos e a prática eugênica foram discutidas também. Assim:

A necessidade de criação de mecanismos de controle tornou-se imprescindível para a humanidade, surgindo, assim, o Código de Nuremberg (1946), a Declaração de Helsinque I (1966), a Declaração de Helsinque II (1975) e as Diretrizes Internacionais Propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1981). (SERRANO, 2013, p.138).

O Código de Nuremberg tornou-se um importante parâmetro legal de nível internacional para as pesquisas com seres humanos. Ele compreende dez princípios básicos que tratam sobre questões envolvendo o consentimento do paciente, a ilegalidade de sua coerção ou a submissão a tratamento contra a sua vontade, os experimentos científicos, bem como, trata do princípio da beneficência, ou seja, sempre para o bem do paciente. Vejamos:

A prática médica há muito tempo, tem como princípio norteador a beneficência. O juramento de Hipócrates, por volta de 460 a.C. já prescrevia: "Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém". (CREMESP *apud* MORGATO, 2012, p.65).

A professora Claudia Regina M. da Silva (LOUREIRO, 2009, p.138), esclarece que, em 1949, houve a publicação do Código Internacional de Ética Médica, o qual estabelece que qualquer ato ou conselho que possa enfraquecer física e moralmente a resistência do ser humano só poderá ser admitido em seu próprio benefício.

Não é estranho o surgimento de outros documentos internacionais após o Código de Nuremberg, pois experimentos com seres humanos continuaram a ocorrer de forma a violar a dignidade da pessoa humana. Por isso, outros princípios dentro da Bioética ganharam relevância, como o princípio da autonomia, da justiça, da não maleficência, dentre outros.

Existem casos graves de violação dos direitos humanos. No Japão, prisioneiros de guerra foram infectados com bactérias causadoras de peste bubônica, antraz, febre tifoide e cólera. Na guerra do Golfo, soldados foram vacinados experimentalmente como forma de prevenção e tratamento contra moléstias decorrentes do uso de armas químicas, sendo enviados para locais onde ocorreram explosões. Houve esterilizações em massa da população negra, na África do Sul. Muitas pessoas serviram de cobaias entre os anos de 1932 e 1972, no Estado do Alabama, Estados Unidos da América, ocasião em que 399 negros, portadores de sífilis, foram objeto de pesquisa para o serviço de saúde governamental, cuja prática consistia em acompanhar a evolução da doença sem nenhum tipo de tratamento. No Brasil há casos notáveis, como a utilização de anticoncepcionais Norplant R e Norplant II, composto de injeções subcutâneas desenvolvidas por um laboratório novaiorquino, o qual causou grande sofrimento para 3.103 mulheres. (DINIZ *apud* LOUREIRO, 2009, p.138).

Os experimentos sobre a sífilis, em Tuskegee, no Estado do Alabama, Estados Unidos da América, resultaram em 13 trabalhos publicados. Os pacientes eram negros e pobres e não sabiam que eram submetidos a uma experiência, mas a um tratamento especial gratuito. Os estudos duraram quarenta anos e só foi suspenso quando denunciado por um jornalista no "Washington Star". É recente os protestos contra esse tipo de procedimento. Sua notoriedade exigiu regulamentação e fiscalização. (SERRANO, 2013, p.138).

A Declaração de Helsinque trouxe um conjunto de princípios éticos regendo as pesquisas com seres humanos. O documento foi redigido pela Associação Médica Mundial, em 1964. Marcou a evolução da ética nas pesquisas, sendo considerado o primeiro documento internacional de pesquisa biomédica, sendo a base para os documentos posteriores, tendo passado por

seis revisões. No caso das Diretrizes Internacionais Propostas a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos, de 1981, pode-se concluir que elas são o resultado do estudo iniciado em 1976 pelo Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (COICM), em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS). Seus princípios éticos de pesquisa estão alinhados com a Declaração de Helsinque. Foi recomendada sua ampla divulgação e consulta para os ministros de saúde, conselhos de pesquisas médicas, faculdades de medicina, revistas especializadas, etc. O desenvolvimento científico e o emprego de novas tecnologias voltadas para a pesquisa com seres humanos devem ser pautados pela Bioética e pelo Biodireito. (SERRANO, 2013, p.140-142).

No próximo tópico, veremos de que maneira nosso legislador passou a tratar do assunto, bem como, os documentos e as legislações que dão suporte para que as pesquisas no Brasil possam ser realizadas, sem desconsiderar os casos de proibição.

## **5. Limites legais no Brasil e a urgência em se educar na Bioética e no Biodireito**

Além dos documentos internacionais que tratam de pesquisas com seres humanos, temos o surgimento de outros documentos internacionais. Esses documentos fazem parte do sistema global e regional interamericano de defesa dos direitos humanos e foram reconhecidos pelo Brasil. É a partir deles que nossa legislação interna de defesa dos direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana passa a ser construídos.

Nesse sentido, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos, São José (1969), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), dentre outras. (BRASIL, 1996).

Esses instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a ser referência para a construção da nossa legislação, principalmente no âmbito da atual Constituição Federal. São direitos reconhecidos universalmente e chamados de direitos fundamentais, como o direito à liberdade, o direito à vida e tantos outros. Portanto, existe diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais.

As expressões, "Direitos e Garantias Fundamentais", devem ser tratadas como gênero, dos quais são espécies os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos. Para evitar

ambiguidades como direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, também é relevante demonstrar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são humanos porque o seu destinatário será sempre o humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado), porém, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo do Estado, ao passo que os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional e que reconhecem ao ser humano direitos, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando um caráter supranacional para todos. (SARLET, 2018, p.306-307).

A Resolução nº 196 de 1996 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) estabeleceu padrões de conduta para proteger a integridade física e psíquica, a saúde, a dignidade, a liberdade, o bem-estar, a vida e os direitos dos envolvidos em experiências científicas, a fim de que não sejam realizadas experiências que causem malefício ao homem, mesmo que o resultado possa ser benéfico para outrem. (LOUREIRO, 2009, p.137-138). Observamos que não é apenas a integridade física da pessoa que deve ser protegida, mas também a sua integridade psíquica, o que revela a proteção do ser humano na sua integralidade.

A Resolução nº 196, de 1996, tem por base os principais documentos internacionais dos quais emanaram as diretrizes sobre pesquisas com seres humanos. Essa Resolução também leva em consideração as premissas trazidas por nossa Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação sobre o Sistema Único de Saúde, a Lei sobre Transplante e doação de órgãos e tecidos, sobre organismos geneticamente modificados, dentre outros. (SERRANO, 2013, p.143-144).

Portanto, esses critérios legislativos de nível internacional e nacional passaram a nortear as experiências científicas em nosso país. Conseqüentemente, a legislação sobre experiências científicas com seres humanos passou a ser expressamente proibida quando afetar ou colocar em risco a sua dignidade. Por isso, entendemos ser pertinente a educação em Bioética e Biodireito, pois ambos são assuntos vinculados e totalmente direcionados ao desenvolvimento humano e a preservação da vida.

A Bioética nasceu como dimensão moral da Medicina, mas ampliou seus conceitos para outras áreas do conhecimento com base no avanço científico-biológico. Isso gerou transformações nas relações sociais, fazendo surgir princípios e regras jurídicas, transmutando-se em Biodireito. Os questionamentos envolvendo a Ética, a Medicina, o Direito e as Relações Sociais tornaram-se mais frequentes, bem como, a observância das regras jurídicas que disciplinam a conduta médico-paciente. São fatores que ensejaram pesquisas, mas também resultaram em limites. (GUERRA, 2005, p.4). E ainda:



Dessa forma, o estudo da Bioética não se restringe à área médica, abrange também psicologia, biologia, antropologia, sociologia, ecologia, teologia, filosofia e, *in casu*, Direito. Não bastasse essa interdisciplinaridade, os princípios éticos esgotam sua operatividade no plano interno da consciência pessoal, o que acarreta na iminente necessidade de um instrumento de controle social e institucional. Um novo âmbito do dever-ser em que se regulam as relações intersubjetivas à luz dos princípios de Bioética, qual seja o Biodireito. (GUERRA, 2005, p.5).

O Estado tem obrigação de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, bem como, fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Deve controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida. Merece destaque a "eugenia", pois a partir do momento em que a perfeição passa a ser almejada, através de experiências científicas com material genético humano, estar-se-á atentando-se contra a individualidade daquele ser originário. (GUERRA, 2005, p.14-15). E destaca: "Com a consagração constitucional do respeito à dignidade humana, a Bioética e o Biodireito passam a desempenhar um significativo sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça...". (GUERRA, 2005, p.21).

Oportuno esclarecer que a Constituição Federal proíbe a manipulação de material genético fora dos padrões estabelecidos em lei, conforme disposto no artigo 225§1º, incisos II e V. A vigente Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº8.974/91), veda, expressamente, a manipulação genética de células germinais humanas. (FARIAS, 2005, p.276-277). Por isso, a clonagem humana é expressamente proibida no Brasil, conforme encerra o mesmo autor:

Ademais, a clonagem humana também fere o princípio da beneficência, verificando-se que o indivíduo oriundo do processo de clonagem possui uma qualidade de vida inferior ao gerado pelo ato sexuado natural. A própria ovelha, Dolly, apresenta, consoante boletins médicos, problemas de gigantismo (tendo nascido em proporções consideravelmente maiores que uma ovelha comum) e de duração de vida menor. (FARIAS, 2005, p.282).

Ao tratar do Artigo 23 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, a professora Maria (CASADO, 2013, p.597-598), expõe que a educação deve capacitar os cidadãos a participarem das políticas públicas sobre esse tema, principalmente pelo fato da Bioética ser complexa, ensejando pautas normativas de ordem ética, política e jurídica, o que exige atitude responsável e um duplo conhecimento: científico-técnico e argumentativo.

Constatamos que no Brasil existem limites legais e éticos que afetam o campo da Bioética e do Biodireito, razão pela qual entendemos ser necessária a educação nessas áreas. Além do perigo apresentado no filme "Meninos do Brasil", temos de considerar que experimentos com seres humanos afetam a família, a reprodução humana, as questões de saúde e o próprio exercício da cidadania, razão pela qual somos favoráveis aos limites legais impostos atualmente pela legislação em vigor.

## **6. Conclusão**

Com base no exposto, podemos concluir que é inegável que a medicina é uma ciência dinâmica e que ensaios clínicos são indispensáveis para o avanço científico. Entretanto, acima de qualquer descoberta, está a preservação da vida humana, que não deve ser tratada como um simples objeto de pesquisa.

Também foi demonstrado que já houve um grande avanço no que é pertinente à regulamentação, controle e limitação de pesquisas envolvendo seres humanos, porém, ainda não é o suficiente. É importante que seja criada legislação específica, objetivando, efetivamente, aplicar a bioética aos experimentos com seres humanos, descrevendo de forma clara os direitos e deveres de pesquisadores e pacientes e, ainda, tipificando as penalidades para aqueles que deixarem de observá-los.

A intenção com a presente pesquisa não é de condenar os progressos trazidos pela medicina, mas, sim de alertar para os perigos da falta de limitação à atuação dos pesquisadores, pois é inadmissível permitir que a instigação por novas descobertas coloque em risco a vida humana e se sobreponha aos direitos até aqui conquistados com tanta luta de nossos antepassados.

Assim, concluímos que para resguardar a sobrevivência da espécie humana, os juristas, legisladores e cientistas devem se unir para que seja formulada uma regulamentação especial, traçando os contornos corretos, indicando os caminhos que a ciência não deverá seguir, a fim de que não venhamos sofrer consequências irreversíveis, visto que, a liberdade total em experimentos com seres humanos poderá lesar alguém e até mesmo alterar sua qualidade de ser único.

## **Referências**

APPOLINÁRIO, Fabio. *Dicionário de Metodologia Científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

Tradução de Humberto Laport de Mello. 3ª reimpressão. Belo Horizonte/BH: Fórum, 2016. ISBN: 9788577006397.

BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética, a ética da vida*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos – 1996*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 27 jul. 2018.

CASADO, Maria. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre/RS: Pontifícia Universidade Católica/RS, 2013.

COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foletto; PROSDOCIMI, Adolfo (Orgs.). *Inclusão social: Direitos Humanos e Constituição*: Simpósio ISSO Certos 2016: Volume 1. Bandeirantes/PR: Redige Produção Editorial, 2016. ISBN: 9788566668117.

FARIAS, Paulo José Leite. A clonagem humana: enfoque ético e jurídico da violação da dignidade da pessoa humana, p.269-283. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Org.). *Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo constitucional no Brasil: os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética, p.1-26. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Org.). *Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. (Coords.). *Dicionário de Bioética*. Tradução de A. Maia da Rocha. Vila Nova de Gaia/Portugal: Editora Perpétuo Socorro; Aparecida/SP: Editora Santuário (Coleção Dois Mundos), 2001. ISBN: 8810205693.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães da Silva. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORGATO, Melissa Cabrini. *Bioética e Direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano*. São Paulo: Letras Jurídicas (Coleção Univem), 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHAFFNER, Franklin J. *Os meninos do Brasil*. [CD-ROM]. Moema/SP: Magna Filmes, (125 min.), 1978, 7896748250707.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

SERRA, Angelo S.J. Eugenia, p.447-450. In: LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. (Coords.). *Dicionário de Bioética*. Tradução de A. Maia da Rocha. Vila Nova de Gaia/Portugal: Editora Perpétuo Socorro; Aparecida/SP: Editora Santuário (Coleção Dois Mundos), 2001. ISBN: 8810205693.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Fundamentos da Bioética e do Biodireito*. Campinas/SP: Alínea, 2013.

SILVA NETO, José Leite da. A relação entre o conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais sociais, p. 148-166. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foleto; PROSDOCIMI, Adolfo (Orgs.). *Inclusão social: Direitos Humanos e Constituição*: Simpósio ISSO Certos 2016: Volume 1. Bandeirantes/PR: Redige Produção Editorial, 361p., 2016. ISBN: 9788566668117.

## **Tendências contemporâneas do poder judiciário brasileiro: a judicialização da política e a invocação aos princípios**

Annalice Oliveira Azevedo Baldini Figueira<sup>1</sup>

### **Resumo:**

A presente pesquisa aborda as tendências contemporâneas do Judiciário, que tem adquirido cada vez mais influência perante a sociedade. Perpassando por uma discussão histórico-evolutiva, são discutidas, em seguida, a judicialização da política e a desmedida invocação aos princípios nas fundamentações judiciais, e suas respectivas consequências para o Estado Democrático de Direito.

### **Palavras-chave:**

Poder Judiciário. Judicialização da Política. Princípios. Panprincipiologismo.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente, é advogada e professora substituta na Universidade Federal Fluminense, no Polo Universitário de Volta Redonda (UFF-PUVR).

## 1. Introdução

Nos últimos anos, o Poder Judiciário brasileiro tem assumido posição cardeal na resolução de embates sociais complexos e é notável a forma como a sociedade tem depositado uma enorme confiança no exercício de suas funções jurisdicionais, que têm sido provocadas para uma série de situações distintas que anteriormente nem sequer eram submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Não só o Poder Judiciário, mas também a figura do magistrado tem começado a ser vislumbrada socialmente como uma saída para a resolução de problemas que não conseguiram ser satisfatoriamente solucionados pela vontade política, que se encontra extremamente descreditada, em virtude da corrupção e da inércia na implementação de políticas públicas. De forma geral, pode-se dizer, portanto, que desde as relações familiares até as controvérsias políticas, tem sido possível observar o crescimento da influência do Poder Judiciário e a expansão da importância dada aos magistrados e tribunais brasileiros.

Neste diapasão, é bastante significativo conhecer as consequências da assunção deste papel protagonista pelo Poder Judiciário, o que envolve compreender as tendências apresentadas pelos órgãos jurisdicionais no proferimento de decisões que se demonstram tão influentes na sociedade contemporânea, o que consiste no exato objetivo do presente trabalho, que foi construído a partir da análise de importantes obras que concernem aos tópicos discutidos.

Para entender com clareza este aumento da importância do Poder Judiciário e as diferentes relações entre o direito e a política, é necessário, também, analisar como estes processos foram evoluindo no decorrer da história, o que é exposto no primeiro capítulo, que trata dos modelos evolutivos do direito repressivo, do direito autônomo e do direito responsivo, estudados por Nonet e Selznick, grandes especialistas e críticos do assunto.

Após a assimilação das principais influências históricas à situação judicial atual, são discutidas, no segundo capítulo, as duas tendências abordadas no presente trabalho, apresentadas pelos magistrados e tribunais brasileiros no cotidiano atual, que são a ostensiva judicialização da política e a inclinação do Poder Judiciário à reiterada utilização de princípios das mais diversas naturezas na fundamentação de decisões judiciais.

## 2. A evolução do direito na sociedade: do direito repressivo ao direito responsivo

É inegável que o direito é um fenômeno em contínuo processo de evolução. Destarte, o panorama atual foi precedido por uma série de sistemas jurídicos distintos, que moldaram suas características conforme o contexto social e político no qual se desenvolveram. Os grandes autores Philippe Nonet e Philip Selznick defenderam um modelo evolutivo dividido em três segmentos,

que seriam, subseqüentemente, o direito repressivo, o direito autônomo e o direito responsivo.

## 2.1. O direito repressivo e a supremacia do poder

O direito repressivo desponta no momento em que se faz presente a desconsideração, pelo Estado, de interesses legítimos dos governados, mormente quando estão em voga os interesses daqueles que não detêm nenhuma parcela de poder.

Primeiramente, frisa-se que no contexto do direito repressivo, os juízes e demais funcionários da justiça assumem, nos termos de Nonet e Selznick, a figura de “ministros do rei”. Isto significa que as instituições judiciárias atuam de acordo com a vontade do Estado de tal forma que com ele se confundem. Percebe-se, portanto, que o direito é extremamente subordinado à razão do Estado.

Ademais, no direito repressivo há uma grande atenção do Estado à preservação de sua autoridade perante a sociedade. Por conseguinte, é promovida a concentração de vastos campos de discricionariedade administrativa, sob a justificativa de que o Estado é soberano e possui conhecimento mais adequado para administrar. O produto direto desta premissa é a completa submissão dos interesses dos indivíduos às conveniências administrativas. Além disso, no direito repressivo não existe qualquer transparência ou responsabilidade nas decisões institucionais, o que se combina à recusa de toda e qualquer forma de crítica ou objeção ao Estado.

Em suma, nas palavras de Nonet e Selznick, o direito repressivo possui dois traços mais expressivos, *in verbis*:

O primeiro é a estreita integração entre direito e política, na forma de uma subordinação direta das instituições jurídicas às elites governantes públicas e privadas: o direito é uma ferramenta maleável, prontamente disponível para consolidar o poder, preservar a autoridade, garantir privilégios e obter assentimento. Prevalece um instrumentalismo primitivo. O segundo é a extrema discricionariedade oficial, que constitui a um só tempo uma consequência e uma importante garantia da maleabilidade do direito.<sup>2</sup>

## 2.2. O direito autônomo e a supremacia da lei

---

2NONET, Philippe e SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 96-97.

Em resposta ao direito repressivo, em que os indivíduos eram subservientes à inconstante vontade política e não possuíam mínimo vestígio de segurança jurídica, surgiu uma significativa busca pela legitimidade institucional, o que culminou em um direito extremamente rígido, marcado pela intensa separação entre o direito e a política e pelo aumento da importância das leis. Tal direito foi denominado por Nonet e Selznick de direito autônomo.

Dentre as características principais deste estágio do modelo evolutivo, está o afastamento entre as decisões judiciais e a opinião política. Tal conjuntura faz com que as funções legislativa e judiciária sejam austeramente apartadas, sendo vedado qualquer gênero de interferência mútua. Neste ínterim, os juízes e demais funcionários da justiça consistem em meros interpretadores e aplicadores da lei predeterminada, isto é, têm como atribuição a simples reprodução de normas fixas, de modo a construir uma justiça imparcial e livre de quaisquer ingerências políticas.

Frisa-se que o principal aspecto do direito autônomo é a centralidade das regras, isto é, nesta fase, a solução de controvérsias se dá pela análise metódica do conteúdo das leis, que são usadas para toda e qualquer querela como se fossem absolutamente perfeitas e libertas de indeterminações e obscuridades. Cuida-se de uma estratégia de legitimação do direito autônomo, haja vista que as normas delimitam com exatidão o exercício da vontade política e também a discricionariedade e a imparcialidade do judiciário, o que acaba por trazer uma impressão de maior responsabilidade pública à coletividade. É também justamente em consequência da supremacia das regras que, no direito autônomo, o juiz corresponde à figura de mero técnico do direito, isto é, um profissional que se limita à aplicação do direito em conformidade com uma "razão artificial".

A tensão entre justiça substantiva e justiça procedimental ocasionada por este modelo evolutivo é a verdadeira causa de seu declínio, o que faz com que, paulatinamente, este modelo evolutivo vá cedendo lugar ao denominado direito responsivo.

### **2.3. O direito responsivo e a supremacia da finalidade**

Como dito anteriormente, o direito responsivo é uma tentativa de conciliação entre os ideais da integridade e da abertura ao meio social, é um esforço de desenvolvimento de um direito mais eficaz, com vistas a alcançar a justiça substantiva sem ocasionar a perda da integridade das instituições judiciárias. Para concretizar o seu objetivo de "adaptação responsável", o direito responsivo visualiza os problemas e tensões sociais como verdadeiros mananciais de aprendizado e conhecimento, como situações apropriadas para adequar e autocorriger o direito. Em virtude disto, as instituições judiciárias do direito responsivo não observam apenas as normas predeterminadas, mas também os seus propósitos, finalidades e consequências no meio social, razão



pela qual podemos enquadrar o direito responsivo como sendo um verdadeiro território da supremacia da finalidade.

No direito responsivo, portanto, na medida em que os princípios, doutrinas e demais valores implícitos vão se proliferando, fica mais descomplicado interpelar a autoridade de uma norma legal e deixar de acatá-la exatamente em função disto.

É possível afirmar, pois, de modo geral, que o direito responsivo dá ênfase aos valores inexplicados que existem por detrás das normas e políticas, deixando de observá-las somente através de uma interpretação literal para enxergá-las e inová-las também por meio de princípios e doutrinas. Ocorre que tal estratégia pode se tornar demasiadamente perigosa, haja vista que a utilização desmedida destes valores faz com que ocorra uma "generalização dos objetivos do direito", isto é, as regras e procedimentos perdem importância e se tornam meramente instrumentais e irrelevantes, podendo servir de fundamentação para que qualquer decisão se revista de autoridade jurídica. Ademais, a supremacia das finalidades contida no direito responsivo pode proporcionar o enfraquecimento da autoridade das normas e a ampliação do espaço de discricionariedade judicial.

### **3. Tendências contemporâneas do poder judiciário**

#### **3.1. Judicialização da política**

A judicialização da política é um evento que faz parte do cotidiano atual e se evidencia em diversas decisões dos tribunais brasileiros. Entretanto, trata-se de acontecimento que não eclodiu repentinamente, mas é resultado de um processo de formação que envolve variados elementos e que é narrado por diversos autores de maneiras contrastantes, conforme se demonstra na parte inicial deste capítulo.

##### **3.1.1. Antoine Garapon e as influências da ascensão da figura do juiz**

Antoine Garapon, magistrado e pesquisador francês, tratou, em sua obra "O juiz e a democracia: o guardião das promessas", do tema da ascensão da figura do juiz e da expansão do Poder Judiciário nas sociedades democráticas, o que muito se relaciona com os fenômenos da judicialização da política e da invocação desmedida aos princípios. Conforme narrado pelo autor, o número de jurisdições se avolumou e se diversificou ao longo do tempo, o que se adiciona ao fato de que também a sociedade sofreu mudanças, pois passou a consagrar nas instituições jurídicas e nos indivíduos que exercem o papel de julgadores a alegoria de verdadeiros apaziguadores de toda e qualquer espécie de controvérsia, de conciliadores e até mesmo de incentivadores rumo à concretização de políticas públicas.

De acordo com o pesquisador, o aumento progressivo da importância da figura do magistrado se originou de dois fenômenos: o enfraquecimento do Estado e a derrubada da sociedade democrática. Neste contexto, o juiz assumiu o papel de um verdadeiro salvador, único recurso hábil à administração de sociedades democráticas que não mais conseguiam lidar com o grau de complexidade por elas alcançado.

Neste contexto, o juiz não mais se restringe à mera reprodução do conteúdo escrito de leis fixas, mas também se torna um co-legislador, que recebe uma multiplicidade de normas abertas como produtos inacabados, pendentes de uma complementação vista como desinteressada e guiada pelo espírito público, a ser realizada por ele mesmo no exercício de suas funções, o que pode se tornar demasiadamente perigoso na concepção de Garapon, que expõe, em sua obra, os prejuízos decorrentes de um Estado que adota um direito de caráter não autônomo.

Garapon advertiu, em sua obra, sobre as intempéries advindas desta grande concentração de poder nas mãos do magistrado e da justiça quando o direito não possui mais um nível de autonomia. Para o jurista, uma justiça vigorosa, em que o magistrado é altamente livre na aplicação de leis fluidas e pode controlar o poder político deve ser tão preocupante quanto uma justiça dependente que é totalmente subordinada à vontade política, pois pode ser igualmente prejudicial à noção de democracia, uma vez que a sociedade é exposta ao risco de deixar o Estado nas mãos de uma nova aristocracia, que é aquela formada por magistrados por vezes inexperientes e produtores de decisões inconsequentes e desacertadas.

O direito se torna, portanto, o novo espaço de discussão das reivindicações políticas, isto é, os cidadãos vislumbram no setor jurídico uma área de questionamento às atitudes praticadas pelos governantes e, ainda, um espaço de exigência ao poder soberano acerca do cumprimento de suas obrigações positivadas. Há um desmembramento do jurídico em relação ao político, e este passa a ser controlado por aquele, o que passa a representar, para a população, uma oportunidade de estabelecimento da ordem.

Numa concepção breve e simplificada, a este fenômeno em que o Judiciário se ocupa de questões políticas originárias do Executivo e do Legislativo, é dado o nome de judicialização da política. É precisamente em função disto que se considera que a ascensão da figura do magistrado é um dos vetores que nos direcionam rumo à judicialização da política.

### 3.1.2. Luís Roberto Barroso e as críticas à judicialização no Brasil

Luís Roberto Barroso também relacionou o tema da judicialização à redemocratização brasileira ocorrida após o término do regime militar, com a promulgação da Constituição de 1988. Consoante Barroso, a redemocratização impulsionou o movimento de judicialização porque resgatou as garantias dos juízes e fez com que a justiça deixasse de ser mera instituição guiada por uma

especialização técnica jurídica para assumir a postura de um autêntico “palco político”. Além disso, Barroso expôs entendimento no sentido de que a redemocratização proporcionou aos cidadãos um conhecimento mais aprimorado acerca de seus direitos, que começaram a ser mais exigidos diante do Judiciário. Isto sem contar no crescente papel do Ministério Público e da Defensoria Pública, que aumentou significativamente com o processo de redemocratização, o que permitiu à sociedade brasileira fortalecer a sua busca pela justiça.

O ministro faz uma série de críticas à judicialização da política. A primeira crítica feita pelo ministro é a de que ela pode trazer sérios riscos para a legitimidade democrática. Isto porque, na ocorrência deste fenômeno, os magistrados e ministros, que não são eleitos pela vontade popular, por vezes acabam emitindo decisões que se sobrepõem à vontade manifestada por parlamentares, que são os efetivos representantes da vontade popular, afinal, foram eleitos pela soma de milhares de votos.

Além disso, por mais que a jurisdição constitucional brasileira seja a responsável por proteger e guardar a Constituição e por mais que a Carta Magna expressamente conceda ao Supremo Tribunal Federal este papel, deve-se levar em conta que a atividade de aplicação e interpretação da Constituição nunca se dará de uma maneira meramente técnica ou mecânica. Logo, a jurisdição constitucional, no exercício de suas funções, pode, sim, acabar provocando exageros em suas decisões que não necessariamente traduzem a vontade direta da Constituição e acabam por ofuscar o papel do Legislativo, que é um poder também muito importante na sociedade, conforme destaca Barroso no excerto seguinte:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e o Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juizes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente,

quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.<sup>3</sup>

Outra crítica de Barroso à judicialização da política é o risco de politização da justiça, isto é, o risco de transformar o Poder Judiciário num grande cenário de favorecimento e troca de interesses políticos. O direito pode até ser considerado como política, por exemplo, na medida em que sua criação é fruto da vontade da maioria, que fica evidenciada na Constituição e nas leis, mas não pode ser confundido com a política quando as decisões passam a ser tendenciosas e influenciadas, de modo a beneficiar indivíduos de determinados partidos ou facções, estabelecendo regime jurídico diverso para determinadas pessoas em detrimento de outras.

Por fim, Barroso expõe que a judicialização da política e o ativismo judicial podem ser um problema quando o Poder Judiciário atua em questões para as quais não tem capacidade institucional específica. Sabe-se que a capacidade institucional diz respeito a averiguar qual Poder possui maior aptidão para decidir melhor sobre determinada questão, e, por vezes, apesar de parecer competir à jurisdição constitucional dar a conclusão final sobre o conflito de normas constitucionais ou legais, não é a jurisdição constitucional aquela que possui o conhecimento técnico e específico mais adequado à resolução da questão.

### **3.2. A invocação aos princípios nas fundamentações judiciais**

Em uma sociedade democrática, é fundamental que, além de regras, o ordenamento jurídico possua, também, princípios. Entretanto, cumpre ressaltar que tais princípios devem refletir o pensamento da comunidade política e não a subjetividade do magistrado e dos demais intérpretes da Constituição e das normas infraconstitucionais. Ocorre que, no contexto jurídico atual, o papel dos princípios tem sido deturpado. Isto porque eles têm sido criados e utilizados dia após dia, por vezes sem qualquer lastro de positivação, enumerando sentidos desnecessários e, inclusive, atribuições semânticas que permitem conceder autoridade às decisões mais inadequadas e desproporcionais, que não têm como objetivo efetivar direitos fundamentais, mas unicamente concretizar interesses particulares, dando origem ao que podemos denominar de uma discricionariedade judicial exagerada, ou, até mesmo, uma arbitrariedade judicial.

#### **3.2.1. A narrativa mitológica de Hidra e Hércules e a analogia com o paradoxo entre regras e princípios**

Na obra "Entre Hidra e Hércules", Marcelo Neves, constitucionalista brasileiro, estabelece raciocínio analógico entre as figuras mitológicas

---

<sup>3</sup>Idem, p. 28-29.

envolvidas na lenda do herói Hércules e a utilização dos princípios e regras na ordem jurídica brasileira. Na história original, Hércules é convidado por seu primo Euristeu a derrotar a monstruosa personagem da Hidra, uma serpente com várias cabeças que, mesmo quando decepadas, regeneravam quase que imediatamente.

Ao relatar a referida história, o autor afirma que as regras podem ser equiparadas a Hércules, enquanto os princípios se assemelham à feição da Hidra. Isto porque as regras possuem a rigidez e a força da figura de Hércules, enquanto os princípios são como a serpente dotada de policefalia, afinal, eles não possuem um sentido único e podem dar origem a diversas formas de interpretação, que continuam surgindo e crescendo persistentemente, exatamente como as cabeças da figura macroscópica descrita.

No decorrer da obra supracitada, Marcelo Neves tece determinadas críticas a alguns critérios utilizados para a distinção entre princípios e regras. Uma de suas desaprovações se direciona à frequente atribuição doutrinária da imprecisão semântica de forma exclusiva aos princípios, enquanto as regras são concebidas como instrumentos extremamente categóricos e minuciosos. Para o autor, não raro são encontradas diversas regras dotadas de um nível muito maior de imprecisão semântica que determinados princípios previstos no conteúdo da Constituição, conforme se observa pelo exemplo por ele apresentado:

Mas há também regras constitucionais cujo invólucro linguístico leva à imprecisão semântica e, portanto, à incerteza cognitiva sobre a norma a aplicar. Observe-se a regra expressa no art. 55, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a perda do mandato do deputado e senador “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”. Embora o §1º desse dispositivo estabeleça uma especificação semântica do que seja incompatível com o decoro parlamentar, apontando para o “abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”, essas hipóteses são exemplificativas, ficando para o plano infraconstitucional (há referência expressa ao regimento interno) a definição dos “casos”. Evidentemente, embora disposição típica de uma regra constitucional, ela carrega consigo um alto grau de vagueza, que ultrapassa a imprecisão de certos princípios constitucionais.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 16-17.

Malgrado o exposto, Marcelo admite que os princípios possuem uma maior inclinação à imprecisão semântica. Isto porque, em verdade, a crítica do autor se direciona não especificamente ao fato do critério da imprecisão semântica ser utilizado para diferenciar as regras e os princípios, mas sim ao fato de que a imprecisão semântica é recorrentemente utilizada para qualificar e definir os princípios de uma forma geral, o que não é apropriado, já que, por diversas vezes, os princípios apresentam uma precisão superior.

Da mesma forma, o autor critica a afirmação de que os princípios são mais gerais e abstratos que as regras. Isto porque, utilizando as noções de que o termo "geral" concerne ao tamanho do conjunto de pessoas sobre as quais incide a norma e o termo "abstrato" diz respeito ao tamanho do conjunto de ações abrangidas pela incidência da norma, mais uma vez, não se pode concluir que os princípios têm níveis de generalidade e abstração maiores que os das regras. Para demonstrar tal opinião, Marcelo Neves expõe o exemplo dos princípios setoriais previstos na Constituição:

Se considerarmos que certos princípios são setoriais, como os princípios constitucionais do sistema tributário ou da administração pública, poderá afirmar-se que, quanto ao âmbito pessoal de vigência, eles são menos gerais e, quanto ao âmbito material de vigência, são menos abstratos do que inúmeras regras constitucionais não adstritas a um setor específico de agentes e atividades. Exemplifiquemos. O art. 146, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, ao determinar que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente, entre outras hipóteses, sobre "o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas", vinculou uma regra de competência a um princípio específico, o do tratamento tributário adequado ao cooperativismo, que vai ser articulado com outros princípios e regras constitucionais. Mas seria esse princípio mais abstrato e geral do que a regra contida no art. 5º, inciso XLV, da Constituição, que determina, em caráter definitivo, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado"? Aqui, não há dúvida de que a generalidade, ao menos na dimensão pessoal, é bem maior que a do princípio mencionado, pois o dispositivo se refere diretamente a toda e qualquer pessoa, não só aos cidadãos brasileiros. Também na dimensão material, parece-me possível afirmar maior abstração desta regra em comparação com aquele princípio constitucional tributário, pois ela, embora seja

específica do âmbito penal, regula uma classe muito mais abrangente de casos e ações.<sup>5</sup>

Quanto à utilização das regras e princípios na prática, Marcelo Neves possui a opinião de que o simples manuseamento de princípios não é suficiente à resolução de um problema jurídico, pois são as regras as verdadeiras responsáveis por finalizar o processo de "concretização jurídica". Segundo o autor, não há grandes preocupações quando são discutidos os denominados "casos fáceis", haja vista que, nestes, geralmente as circunstâncias fáticas se subsumem ao conteúdo de uma regra, que é considerada válida e, por fim, é aplicada ao caso.

Os significativos obstáculos se encontram, portanto, nos "casos difíceis", para os quais a utilização singular das regras acaba sendo método demasiadamente simplificado, que não consegue solucionar satisfatoriamente o problema jurídico ocorrido, conforme narra Marcelo Neves no seguinte trecho, onde ele aponta uma possível solução para os referidos casos:

As regras, na sua vinculação mais direta à situação concreta, são pouco adequadas a absorver a alta complexidade dos chamados "casos difíceis". Diante do grau reduzido de flexibilidade, de sua tendência ao rigor hercúleo, impõe-se às regras o balizamento por princípios, para que se enfrente a alta complexidade dos problemas a serem resolvidos. Pode-se dizer que, no processo de concretização normativa, enquanto os princípios jurídicos transformam a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.) em complexidade estruturável do ponto de vista normativo-jurídico, as regras jurídicas reduzem seletivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso.<sup>6</sup>

A chave para estes casos é, portanto, a aplicação conjunta e equilibrada de regras e princípios. Ocorre que, conforme relata Marcelo Neves, a relação entre regras e princípios quase sempre é bastante paradoxal, tendo em vista que as consequências do uso de cada uma delas são diametralmente opostas, isto é, o excesso de regras gera uma rigidez abundante que impede a resolução adequada de problemas sociais mais complexos, enquanto o excesso de

---

<sup>5</sup>Idem, p. 24.

<sup>6</sup>Idem, Introdução, p. 3.

princípios gera uma insegurança jurídica exorbitante, conforme explicita o autor, ao comparar este paradoxo ao duelo entre Hidra e Hércules:

Analogamente à relação entre Hidra e Hércules no episódio mitológico, os princípios e regras relacionam-se de uma maneira um tanto conflituosa. Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito. Portanto, trata-se, na relação entre princípios e regras, de superar (ou “desparadoxizar”), em cada caso concreto, no plano argumentativo, o paradoxo entre consistência jurídica e adequação social, que, em termos gerais, constitui o paradoxo da justiça como “fórmula de contingência do sistema jurídico”.<sup>7</sup>

Pela compreensão do trecho supratranscrito, observa-se, portanto, que Marcelo Neves compreende a justiça como sendo algo que se concretiza efetivamente no plano concreto, por meio do equilíbrio entre os aspectos formais, característicos de um direito autônomo, e os aspectos materiais, relacionados à adequação social.

### 3.2.2. A crítica de Marcelo Neves à vasta e inconsequente invocação de princípios

A maior preocupação exposta no decorrer da obra “Entre Hidra e Hércules” concerne à atual tendência brasileira à invocação exagerada dos princípios na fundamentação das decisões judiciais. Isto porque os princípios têm sido frequentemente utilizados como instrumento para solução de quaisquer espécies de problemas jurídicos e têm assumido, inclusive, a posição de um escudo de justificação para a atribuição de autoridade jurídica a quaisquer espécies de decisão. É o que também desaprova Marcelo Neves no seguinte excerto:

Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e

---

<sup>7</sup>Idem, Introdução, p. 6.



constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e "completas", para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada.<sup>8</sup>

Para exemplificar este abuso do uso de princípios, Marcelo Neves cita o parecer inicial da Procuradoria Geral da República no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que discutiu a famigerada questão da interrupção da gestação de fetos portadores da má formação do tubo neural denominada anencefalia. Embora não se trate de decisão judicial propriamente dita, tal manifestação não foge ao contexto jurídico e serve perfeitamente para demonstrar situação que se perpetua no interior dos órgãos jurisdicionais propriamente ditos.

Conforme exposto por Neves, o Procurador-Geral Cláudio Fonteles, além de utilizar uma grande diversidade de princípios para fundamentar a sua argumentação a respeito do caso ora discutido, empregou um princípio que originariamente nenhuma relação direta possuía com a questão em análise: o princípio da solidariedade. Em seu discurso, Cláudio afirmou que o impedimento destas espécies de interrupção da gestação acaba por obstaculizar a doação dos órgãos do bebê anencéfalo a outros bebês que necessitam de determinados transplantes, o que viola o princípio da solidariedade.<sup>9</sup>

Marcelo Neves critica a técnica utilizada pelo Procurador-Geral, afirmando que tal princípio não foi criado com este sentido tão específico, e que, por mais que esta aceção pudesse ser deduzida da essência do princípio em

---

<sup>8</sup>Idem, Introdução, p. 1-2.

<sup>9</sup>Nas palavras do Procurador-Geral Cláudio Fonteles: "Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o artigo 3º, inciso I, da Constituição de nossa República expressa como objetivo seu, perene, *verbis*: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver. O pleito da autora, por certo, vai na contramão da construção da sociedade solidária a que tantos de nós, brasileiros e brasileiros, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida." (BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Petição para ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510**. Brasília, 16 de maio de 2005.)

análise, a sua utilização não deveria substituir o uso de normas constitucionais que já disciplinam adequada e satisfatoriamente o caso, como a norma que prevê a não obrigatoriedade de doação de órgãos dos natimortos. É o que censura o autor no seguinte fragmento, ao condenar o uso do princípio da solidariedade como solução para diversas controvérsias judiciais:

De fato, há uma tendência para transformar o princípio da solidariedade em uma panaceia para a solução de todos os problemas constitucionais relevantes, utilizando-se dele, pelo forte apelo retórico que lhe é inerente, para afastar *ad hoc* a aplicação de regras e princípios constitucionais incidentes no caso, encobrindo particularismos os mais diversos. Mas a sua invocação no ora analisado Parecer do então Procurador-Geral da República tem algo de disparatado. O princípio da solidariedade refere-se basicamente à questão de um Estado de bem-estar. Mas, se quisermos dar-lhe um sentido mais abrangente, ainda assim é inconcebível que ele possa excluir todas as outras normas constitucionais incidentes em um caso. A doação de órgão não é obrigação legal no Brasil (muito menos de órgãos de natimorto). A esse respeito incide claramente o art. 5º, inciso II, ao qual, nesse contexto (da doação de órgãos referida), pode-se atribuir indiretamente uma regra como critério definitivo: “na falta de lei, ninguém está obrigado a doar os órgãos do ser natimorto que pariu, sendo irrelevante o princípio da solidariedade a esse respeito”.<sup>10</sup>

Para Marcelo Neves, além da invocação desmedida aos princípios ser prejudicial aos envolvidos quando o sentido original do princípio utilizado é diverso do valor atribuído a ele em uma tese argumentativa, existe um enorme prejuízo ao próprio arguente quando este constrói fundamentação que se baseia exclusivamente em princípios. Isto porque, geralmente, uma argumentação baseada em princípios não é tão delimitada e extremada quanto uma que se fundamente em regras específicas, o que faz com que os argumentos apresentados possam facilmente ser derrubados por raciocínios que se embasam em outros princípios de mesmo valor.

### 3.2.3. O panprincipiologismo e as consequências da proliferação de princípios para o direito

Um crítico da exagerada invocação aos princípios no Judiciário brasileiro é o autor Lenio Luiz Streck, responsável pelo uso do termo

---

<sup>10</sup>Idem, p. 219.

“panprincipiologismo” para designar este quadro principiológico exagerado que existe no contexto judiciário brasileiro atual. Em sua obra “Verdade e Consenso”, Lenio denuncia a chegada de uma “era dos princípios constitucionais”, em que tem ocorrido uma intensa proliferação de princípios unicamente para que estes sejam utilizados como remédios para a resolução de casos complexos, conforme se observa pelo fragmento abaixo:

Ocorre que, com o advento da “era dos princípios constitucionais” – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito –, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou o “suporte dos valores da sociedade” (o que seria isso ninguém sabe). “Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.<sup>11</sup>

Os referidos princípios, conforme explicitado por Streck, até são significativos na procura pela solução de alguns problemas práticos jurídicos, entretanto, a grande discussão reside no fato de que a maioria deles tem sido utilizada como “metarregra”, isto é, como uma regra que está presente em toda argumentação e é capaz de tudo resolver.

Isto sem falar na constante criação de “pseudo princípios” que traduzem imperativos óbvios no contexto do Poder Judiciário, e que nem sequer precisavam ser intitulados como princípios. É o que ocorre com o exemplo do princípio da precaução, ao qual Lenio direcionou a seguinte crítica:

*Princípio da precaução*: tem sido utilizado pelos tribunais para expressar a ameaça da tomada de decisões que possam provocar danos graves ou irreversíveis sem a comprovação científica absoluta das suas consequências. Sinteticamente, pelo princípio da precaução, se exigiria a *precaução na tomada de decisões!* Nada mais, nada menos que a

---

<sup>11</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518.

institucionalização de uma tautologia jurídica. Mas por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio”? A menos que se entenda, efetivamente, que os princípios não são normas. Se os princípios são apenas “valores” ou “mandados de otimização”, como querem, por exemplo, as teorias argumentativas, então, sim, tem sentido apostar em um catálogo infinito de *slogans* e *standards* aptos a servir de “capas de sentido” ao direito. Caso contrário, partindo-se de uma concepção deontológica dos princípios, a invocação de um “princípio” desse quilate não passa de argumentação retórica.<sup>12</sup>

Ademais, é importante frisar que a preocupação reside não só na banalização da criação de princípios inúteis e desnecessários, mas especialmente no fato de que em diversas argumentações judiciais contemporâneas os intérpretes têm deixado de utilizar dispositivos constitucionais diretamente relacionados ao assunto para se utilizarem especialmente de princípios que nem sequer estão previstos na Constituição, unicamente para que consigam alcançar uma concretização de interesses particulares a partir de uma argumentação que soa como respeitável, que se mascara de uma autoridade jurídica.

Ocorre que nem sempre estas soluções argumentativas seguem verdadeiramente a essência da Constituição e das normas presentes no ordenamento jurídico, o que é demasiadamente preocupante, afinal, a convivência com decisões arbitrárias que só se prestam a privilegiar determinados interesses é um desatino e fere gravemente o Estado Democrático de Direito.

#### **4. Conclusões**

Resta concluir, inicialmente pelo raciocínio de Nonet e Selznick, que a relação entre o direito e a política passou por uma evolução que tem como ponto inicial o modelo do direito repressivo e como ponto final o modelo do direito responsivo.

O direito responsivo, que ocupa majoritariamente o cotidiano atual, é oriundo de uma busca pela harmonização dos ideais da integridade do ordenamento jurídico e da abertura social, isto é, é uma tentativa de equilibrar as características de um direito autônomo com uma adequação aos problemas sociais. O direito responsivo pode ser considerado como um esforço de desenvolvimento com vistas a um direito mais eficaz, mais ligado à justiça substantiva. Ocorre que, com esse esforço pelo alcance de uma justiça

---

<sup>12</sup>Idem, p. 521.

substantiva, as leis do direito moderno e responsivo acabaram por se tornar leis generalizadas e abstratas, o que abriu uma margem de interpretação e discricionariedade maior aos magistrados e tribunais, que passaram a agir de forma quase que legiferante na aplicação da lei, muitas vezes ultrapassando as fronteiras do Poder Judiciário e utilizando-se de um vasto conglomerado de princípios para direcionar o sentido da lei aos contornos particulares desejados. É neste contexto que surgem tendências, como a desmedida invocação aos princípios nas fundamentações judiciais e a judicialização da política.

Pode-se dizer, portanto, em suma, que o direito responsivo trouxe uma liberdade maior ao Poder Judiciário, o que, combinado aos diversos fatores expostos por cada um dos autores citados no presente trabalho, acabou por originar, de forma não prevista anteriormente, fenômenos como a judicialização da política e o panprincipiologismo. É como dizer que estes dois eventos possuem um ancestral comum, isto é, ambos são oriundos de um mesmo sistema jurídico responsivo, que possui o desejo de ser um regime onde se conciliam perfeitamente a integridade e abertura, mas enfrenta uma série de dificuldades no alcance deste ideal. Isto porque, na prática, as tendências da judicialização da política e da invocação dos princípios, que são fundamentais para a resolução de problemas jurídicos atuais, têm transposto os limites permitidos pelo ordenamento jurídico e têm se tornado fenômenos não mais saudáveis, mas sim, prejudiciais.

Observa-se, portanto, que é bastante significativo que haja um controle judicial da vontade política e de algumas questões políticas, no entanto, não se pode aceitar que o Poder Judiciário domine e controle de forma integral todas as questões pertinentes aos Poderes Legislativo e Executivo, o que prejudica a própria independência harmônica entre os três poderes. Da mesma forma, é possível visualizar que os princípios são de extrema utilidade na fundamentação de decisões judiciais e na resolução de casos complexos, no entanto, não se pode aceitar que seja criada uma gama de princípios que o ordenamento jurídico nem sequer previu, assim como não se pode aceitar que os princípios sejam aplicados para conceber razão a qualquer tese argumentativa, para acobertar a satisfação de interesses políticos ou até particulares.

Em suma, as tendências contemporâneas atualmente evidenciadas no bojo do Poder Judiciário, quais sejam, a judicialização da política e a invocação de princípios nas fundamentações judiciais, precisam continuar sendo levadas à discussão, afinal, embora sejam naturais, tendo em vista o conjunto de fatores históricos que as originaram, podem ocasionar graves riscos ao Estado Democrático de Direito quando ultrapassam os limites adequados, isto é, tanto a judicialização quanto a invocação de princípios tem papel fundamental no contexto jurídico responsivo, no entanto, a sociedade deve estar alerta aos exageros cometidos em ambos os fenômenos ora retratados, pois a judicialização exorbitante e a invocação desmedida aos princípios podem, manifestando-se por meio de decisões ultrajantes e extremamente injustas,

provocar consequências bastante prejudiciais aos direitos fundamentais dos cidadãos e à própria organização autônoma do direito.

## Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/538>>. Acesso em 25 mai. 2017.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Petição para ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510**. Brasília, 16 de maio de 2005.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NONET, Philippe e SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. **O Terceiro Gigante e nós**. Estadão, 07 mai 2017, Opinião. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-terceiro-gigante-e-nos,70001766354>>. Acesso em: 01 jun 2017.

## O menor e a sua relação com o futebol: forma de inclusão ou exclusão social?

Bruno Washington Ribeiro<sup>1</sup>  
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila<sup>2</sup>

### Resumo:

De longa data enfrenta-se o tema do menor que sonha em ser jogador de futebol o que no Brasil é uma realidade marcante devido à gritante desigualdade social que enfrentamos rotineiramente fora o apelo midiático. E com isso se vê que embora aja certa proteção legislativa quanto a utilização do menor em torno do futebol alguns aspectos devem ainda ser enfrentados posto que muitos destes jovens deixam os bancos escolares em busca do seu sonho. Mas até que ponto este sonho não acaba por trazer uma forma de exclusão social e ao mesmo tempo uma discriminação já que se vê situações em que estes menores não são aproveitados juntos aos Clubes e retornam aos seus lares com maculas que trazem consequências sociais, físicas e psicológicas. Desta forma a presente pesquisa objetiva através de análise documental e bibliográfica visa verificar se o sonho tão almejado pelos menores em ser jogador de futebol quando infrutífero resulta ou não em uma forma do mesmo vim a ser excluído socialmente. Vê-se, portanto que o assunto é relevante visto que envolve um ser humano em formação biopsicossocial o qual merece por parte da sociedade toda atenção e proteção integral nos moldes do E.C.A

### Palavras-chave:

Futebol. Criança e Adolescente. Exclusão social. Trabalho Infantil

---

<sup>1</sup> Discente do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa do Direito do UBM – NUPED/UBM. E-mail: [bwr\\_vr@yahoo.com.br](mailto:bwr_vr@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM. Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa “Direito, desenvolvimento e cidadania”. E-mail: [cristina.delgado@uol.com.br](mailto:cristina.delgado@uol.com.br)

## 1. Introdução

A pobreza e a miséria são atualmente as maiores causas do trabalho infantil, tornando-se importante uma definição sobre a pobreza para permitir uma visão mais analítica sobre o objeto do estudo, a conceituação de pobreza pode vir a ser qualificada como juízo de valor quando tratar-se de uma visão subjetiva e abstrata, do indivíduo sobre um grau mínimo de satisfação e necessidade, onde este indivíduo quando comparado a outros indivíduos tem atributos desejado negado seja ele renda, condições favoráveis a emprego ou poder, segundo Amartya Sen (2000), a pobreza pode ser definida como um tipo de privação das capacidades básicas de um indivíduo e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido economicamente.

Tem se que a criança inserida em um cenários de pobreza, acha-se imersa à um sistema composto pelas elementares "desigualdade" e "exclusão", seguindo juntamente com a fome e miserabilidade, não havendo espaço para educação, e a criança por meio de crenças, valores e informações que são disseminadas em meio a sua cultura, acaba gerando uma falta de perspectiva misturada com uma duvida sobre a real importância da escola para a sua realidade, pois em seu circulo social a criança e os próprios pais não conseguem identificar nenhum individuo que tenha conseguido ascensão financeira devido a escola. O que acaba ampliando o poder desta desigualdade até então social, virando-se agora uma desigualdade social e de conhecimento conforme afirma Georg Simmel:

Justamente porque a parte essencial da educação — a despeito de ser facilmente acessível, ou por causa disso mesmo — só pode ser, em última análise, adquirida pela atividade individual é que ela dá origem à mais tangível e, portanto, mais inatingível aristocracia, a uma distinção entre alto e baixo que não pode ser abolida nem por um decreto, nem por uma revolução (como podem ser eliminadas as diferenças socioeconômicas), nem pela boa disposição dos interessados. (Simmel, 1978, pp. 439-440).

Trata-se de uma das mais injustas formas de desigualdade da sociedade tendo em vista que o conhecimento tem uma atuação cada vez mais eminente na estruturação e propagação das desigualdades sociais, onde historicamente teve sempre um papel importante na determinação de certos aspectos da desigualdade e em seu julgamento por parte da sociedade. Por exemplo, a capacidade de ler e escrever na língua dominante de uma nação tem tido um papel tão importante nos sistemas de desigualdade quanto a outras habilidades culturais.

Por muitas vezes temos adolescentes e crianças que devido ao prejuízo do acesso a educação que mesmo quando presente em comunidades carentes



tem dificuldades em cumprir o seu papel social e de formação intelectual, pois nas populações mais carente há uma exteriorização de conhecimento onde a criança busca aprender e se desenvolver tanto intelectualmente quando profissionalmente pelos que estão a sua volta e isto juntamente a marginalização e exclusão social que tais sociedades sofrem acabam tornando estas crianças e os adolescentes vítimas de um apelo midiático que vem oferecer uma vida onde se pode ter tudo desde ascensão financeira a respeitabilidade social por meio do futebol. Lhes são vendida uma imagem de sucesso, fama e muito dinheiro de forma fácil, fomentando um sonho que não se é tão fácil de alcançar, e conforme objeto desta pesquisa veremos que muitas vezes este sonho vem a ser tornar um pesadelo na vida destas crianças por meio de abusos, negligencia, e até vários crimes contra dignidade e vida destes jovens

## **2. O trabalho infantil no ordenamento jurídico brasileiro**

Para falar sobre trabalho infantil faz-se necessário compreender nossa origem acerca da exploração da infância no Brasil temos registro de grande exploração da mão de obra e objetificação da criança que remota ao período colonial onde crianças tinham a mão de obra explorada desde as embarcações que traziam os colonizadores portugueses, onde estas trabalhavam como grumetes<sup>3</sup>, além de serem as crianças na época do Brasil colônia encarregadas dos trabalhos mais perigosos, muitas vezes com a integridade física e sexual eram violentadas e não raras vezes eram submetidas a vários castigos (CUSTÓDIO, 2007, p. 17 ). Posteriormente por meio das missões jesuítas fortaleceu ainda mais esta exploração de trabalho infantil pois dentro da sistemática cristão trabalho traz obediência, honestidade e salvação para a alma do homem. (CHAMBOULEYRON, p.55).

Já no século XIX, com a escravidão a infância continuou marcada pelo estigma do trabalho infantil, embora nas famílias burguesas as crianças já tinham outro tratamento, os pobres e escravos continuavam com a macula do árduo trabalho tendo tidas por vezes em condições e espaços para animais domésticos (MARCÍLIO 1999, p. 21), quase sempre, as crianças, filhos de senhores e escravos compartilham os mesmos espaços privados: a sala e as camarinhas. A partir dos sete anos, os primeiros iam estudar e os segundos trabalhar" (PRIORE, 1999, p. 101). Se podendo notar deste antigamente a importância para o que viemos a ver anteriormente como "desigualdade social de conhecimento" pois se observa que para um há educação e chances de adquirir conhecimento para outro isso lhe é negado, restando apenas o ofício dos pais por estes passados desde cedo.

---

3 Grumete é quem a bordo faz a limpeza e ajuda os marinheiros nos diferentes trabalhos dentro no navio.

Com o fim da escravidão as crianças órfãos e pobres passaram a ser aliciada para o trabalho nas fazendas e das casas grandes dos "Senhores" e o nível de exploração e abuso era superior ao praticados contra os escravos até por que estes de certa forma valiam dinheiro diferentes das crianças empregadas (GRUNSPUN, 200,p 51) e já no início da Brasil republica as manifestações em defesa dos direito dos trabalhadores começaram a ganhar força deflagrando uma cobrança do Estado uma defesa das crianças exploradas no trabalho(OLIVA, 2006, p 63). Promulgado em Janeiro de 1891 o decreto nº 1313 que regulamentava trabalho das crianças e adolescentes nas fabricas, que segundo afirmou Rui Barbosa muitas crianças continuavam a ser imoladas no trabalho e que referida norma nunca foi regulamentada<sup>4</sup>, segundo Maia as leis daqueles períodos serviam mais para uma propaganda externa do Brasil no mundo, do que de fato regulamentar com eficácia situações aqui vividas (OLIVA, 2006, p 64).

Ainda na vigência de tal decreto houve uma primeira tentativa parlamentar para regular a situação o projeto nº 4-A de 1912 que pretendia abolir o trabalho dos menores de 10 anos em industrias, as discussões sobre o referidos projeto perduraram até 1919 sendo bombardeados por deputados e senhores da época que por meio dele enxergavam uma afronta ao poder pátrio, que com tanta polemica e discussão acabou não sendo aprovado. (OLIVA, 2006, p 64). Foi Aprovado em 12 de outubro de 1927 o que veio a ser o primeiro condigo de menores.

Em 1979 editava-se o que podemos chamar de uma nova versão do Código de Menores notando-se que, até então, não havia uma garantia com cunho de proteção integral para a criança e o adolescente, regendo-se o código de menores de 1979 que era uma reedição do anterior código criado em 1927, no princípio da proteção irregular, ou seja, havia a proteção somente depois que o fato ocorria, e não antes, como hoje preconiza o ECA. Buscava somente meios de correção tendo como linha principal à arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil, evidenciando o caráter discriminatório devido a forte associação da pobreza à delinquência, ou seja, na prática, o grande alvo da legislação eram crianças e adolescentes pobres, negras, de baixa ou sem escolaridade.

Possuímos hoje uma das mais avançadas legislações de proteção infantil do mundo, partindo do pressuposto da garantia e proteção da criança e do adolescente à luz dos direitos e garantias básicas, firmados em sede constitucional e infraconstitucional do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, embora nos dias atuais ainda haver uma séries de desafio no que diz respeito ao trabalho infantil: como a primeira barreira a ser enfrentada é aquela extraída através de exemplos dos indivíduos que, em razão de condição social em que a família esta inserida se ver forçado a iniciar-se no trabalho árduo e

---

<sup>4</sup> Cf **Martins** 2002, p.30 transcreve o trecho citado

pesado desde a infância, sendo firmado em uma ideologia do senso comum que mitifica através de argumentos que se traduzem nas premissas de que (i) é melhor trabalhar, que ficar na rua; (ii) o ingresso precípua no trabalho corresponde a acúmulo de experiência futura; (iii) criança é membro da família, portanto deve ajudar, também, com as obrigações; (iv) o trabalho não faz mal a ninguém; entre outras. (CUSTODIO; VERONESE, 2013, p. 95)

Embora para muitos, alguns destes mitos possam parecer plausíveis, vale resaltar que tais afirmativas e pensamento vão de colisão ao que temos hoje no ordenamento jurídico e políticas públicas, pois temos como direito fundamental da criança ser amparada nos exatos termos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), conforme o Art. 227, que assim preceitua:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Pois conforme já visto a exploração da infantil remonta às mais antigas sociedades, exemplo que extrapola a nossa sociedade moderna é que há mais de 200 anos antes de Cristo o Código de Hamurabi, já previa proteção para estas (NASCIMENTO, 2004, p.15). Ficando claro que durante toda a história, a criança sempre trabalhou em pé de igualdade com adultos, quicá em condições piores (GUNPSUN, 200, p.45). Necessitando, assim, de uma proteção do trabalho da criança e do adolescente fundada a argumentos de "ordem fisiológica, cultural, moral e de segurança"<sup>5</sup>. (MARTINS, 2018, p. 952/953)

Com a lei nº 8.069/1990, que veio ser tornar o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, considerado um marco na história do ordenamento jurídico Brasileiro, vez que se destaca por instituir o princípio da proteção integral, onde a criança e o adolescente passa a ter como responsável toda a sociedade,

---

<sup>5</sup> **Fisiológica**, quanto à vedação de trabalho em áreas insalubres, perigosas, penosas. Veda-se, também, o trabalho noturno, correspondente ao executado entre 22hs de um dia às 5hs do outro, para o urbano; entre 21hs de um dia às 5hs do outro, na lavoura; e, 20hs de um dia às 4hs do outro, na pecuária; **Cultural**, ponderação de valores, sobretudo o que tange à educação. O trabalho da criança e do adolescente não pode prejudicar o desempenho dos estudos; **Moral**, a partir da máxima que estão em situação de peculiar desenvolvimento, devendo ficar livres de influências negativas em sua formação; **Segurança**, por força da pouca idade estão mais propensos a acidentes do trabalho, fazendo-se necessário a adequação trabalho/capacidade. (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 952/953)

conforme estabelecido no artigo 1º do referido estatuto: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Nesse sentido:

Crianças e adolescentes reclamam proteção jurídica frente à família, à sociedade e ao Estado, entidades que não raras vezes, a pretexto de protegê-los, negam seus interesses, entre os quais os mais básicos. Integral, portanto, no sentido de sua totalidade de suas relações interpessoais, sem qualquer tipo de exclusão. (GARRIDO, 2002, p. 24)

Embora as legislações nacional como a própria CLT e o ECA já atinja proteção à criança e ao adolescente, temos a Organização Internacional do Trabalho (OIT) com sede em Genebra, fundada em 1919 pelo tratado de Versalhes, que tem como incumbência a Justiça Social promovendo acesso ao trabalho decente e produtivo com condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Onde mediante convenções como as Convenções 138, que regulamenta uma idade mínima para Admissão ao Emprego e a nº 182 que busca a adoção de novos instrumentos para proibição e abolição das piores formas de trabalho infantil. Se mostra totalmente contra o trabalho infantil:

O trabalho infantil é ilegal e priva crianças e adolescentes de uma infância normal, impedindo-os não só de frequentar a escola e estudar normalmente, mas também de desenvolver de maneira saudável todas as suas capacidades e habilidades. Antes de tudo, o trabalho infantil é uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, representando uma das principais antíteses do trabalho decente. O trabalho infantil é causa e efeito da pobreza e da ausência de oportunidades para desenvolver capacidades. Ele impacta o nível de desenvolvimento das nações e, muitas vezes, leva ao trabalho forçado na vida adulta. Por todas essas razões, a eliminação do trabalho infantil é uma das prioridades da OIT. Trabalho Infantil. [online ]. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>. Acesso em 17 de Ago. 2018.)

Conjuntamente a CRFB/88 solidifica e fortalece como alicerce para o ECA, vez que esta já se contemplava a doutrina de proteção integral cuja origem remonta à Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que até então somente vagava em campos teóricos, tornando-se o “Princípio da Proteção Integral”, a partir da sua disposição no texto do artigo 227 da Constituição, quando então passa a ser uma realidade presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, os atuais dispositivos legais se alinham sob o destaque e prevalência do princípio da proteção integral e dignidade da pessoa humana em detrimento de qualquer outra que disponha contrário, principalmente se concernente às relações laborais.

### **3. O trabalho infantil quando executado através do esporte**

Toda criança, tem um sonho que é universal, e mais forte ainda dependendo do círculo social onde se encontra inserida, que é ser jogador de futebol talvez devido a fama, a opção de ganhar muito dinheiro brincando, se tornar um atleta profissional como os grandes nomes do Futebol, Neymar, Cristiano Ronaldo. Embora o mundo dos esportes é um segmento comumente conhecido pela disciplina, persistência e superação, existe também um outro lado que segue paralelamente a este que é o sofrimento e repressão, renúncia de uma série de direitos fundamentais, além de um esforço físico e mental desgastante, muitos destes jovens em busca deste sonho abrem mãos de seus lares e familiares sendo colocados quase sempre sobre cuidados de desconhecidos que negligenciam os cuidados que a criança e adolescente deve ter, sendo exposta a falta de alimentação e higiene e ainda a um desgastante treinamento físico, que por muitas vezes resultam em lesões que podem acompanhar estes atletas ao longo da vida, tais treinamentos físicos deteriorantes juntamente com falta de incentivos e suporte médico, somado a pressões psicológicas que são expostos pode vir a ser caracterizado na força do Art. 149 Código Penal como um trabalho forçado.

Segundo Nascimento (2008, p.10), em reportagem<sup>6</sup> publicada na Revista Carta Capital, crianças são retiradas de seus lares e de seus familiares mediante fraude de pessoas que se identificam com empresários de grandes clubes e que atuam como “olheiros<sup>7</sup>”, estas quando percebem já não tem mais possibilidades para voltar às suas famílias em razão de estarem endividadas com seus empresários – alguns são levados por estes sem nem ao menos terem autorização dos responsáveis, configurando-se, assim, o cárcere privado<sup>8</sup> previsto no art. 148 do CP.

Não obstante o sofrimento de ser retirado das suas famílias e os esforços físicos desgastantes que são submetidos durante os treinamentos

---

<sup>6</sup> Intitulada “Vida de gado. Atraídos pelo sonho de virarem craques, garotos se submetem, em clubes pequenos e médios, a uma vida precária e de maus tratos”.

<sup>7</sup> No Futebol o olheiro tem a função de procurar jogadores para o time o qual trabalham, geralmente atletas jovens que podem vir a serem novos talentos potenciais

<sup>8</sup> Que na lição de Aníbal Bruno de Oliveira Firmo, para sua configuração “não é necessário que a vítima tenha consciência da privação da liberdade que está sofrendo, ou seja, capaz de querer e agir para se afastar do lugar da detenção”. (FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Crimes contra a pessoa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 360)

pode destacar uma mancha ainda maior, que seriam os abusos sexuais onde que estando estes jovens em clubes e com condições precárias sem receber salários, são aliciados sexualmente, por diretores e pessoas de cargos altos, em troca de benefícios, jantares ou até mesmo R\$ 50,00 tal aliciação se dá quando o jovem atleta está sozinho ou acompanhado por poucas pessoas nos vestiários, e como por muitas vezes estes jovens vêm de famílias humildes, inocentes e sem estruturas acabam se tornando vítimas destes tipos de assédios é esta uma fase onde são tomadas muitas decisões importantes e estas crianças e os adolescentes ainda não têm experiência para enfrentarem estas batalhas. Motivo que levou o ex-goleiro Aleksander Montrinas<sup>9</sup> a escrever sobre o tema, relatando sobre suas experiências ao longo de sua carreira e situações de abusos que sofreu e presenciou por anos nos clubes em que passou. Juntamente o Sindicato dos Atletas de São Paulo lançou a campanha “Chega de Abusos”, que vem ganhando força, a fim de reprimir a prática de abusos infantis no esporte brasileiro.<sup>10</sup>

Recentemente o mundo dos esportes teve uma onda de denúncia de grandes atletas onde relataram que quando crianças vieram a ser vítimas de abusos e exploração sexual, entre os famosos atletas que denunciaram abusos sexuais sofridos por treinadores daremos enfoque a David White, Andy Woodward e Steve Walters que na infância, quando tinham entre 11 ou 12 anos de idade, foram molestados sexualmente pelo treinador Barry Brennel, enquanto treinavam em um clube da terceira divisão do futebol inglês. Chris Unsworth, ex-jogador do Manchester City, que denunciou ter sido vítima de estupros a partir dos 9 anos de idade sendo violentado mais de 100 vezes (THE GUARDIAN, 2016).

Relatos de atletas desse patamar motivaram a relatos e denúncia de diversos atletas mundo a fora, mostrando a importância de se romper com a cultura do silêncio, e, que tais bárbaras e precariedade não se trata de violência unicamente de pequenos clubes brasileiro e, sim, de uma cultura universalizada no meio esportivo. Segundo posicionamento da UNICEF<sup>11</sup>, os riscos mais frequentes em jovens atletas são: (i) profissionalização precoce em concorrência com a formação escolar, ocasionando o êxodo do ensino regular;

---

<sup>9</sup> Ex-jogador de futebol aposentado. Atuou em times como a Portuguesa, Bragantino, e outros clubes no interior de São Paulo e da Europa. (Co)autor do livro “Futebol: Sonho ou Ilusão?: A Verdadeira Realidade do Futebol Brasileiro Contada Por Um Goleiro Profissional”. Disponível em <https://www.torcedores.com/noticias/2018/02/existe-assedio-sexual-no-futebol-e-nao-e-pouco-diz-autor-de-livro-sobre-abuso-no-esporte>. Acesso em 17 de Ago 2018.

<sup>10</sup> A campanha já conta com mais de 40 clubes adeptos. Disponível em <http://www.sindicatodeatletas.com.br/noticias/institucional/sapesp-realiza-palestra-e-debate-sobre-campanha-chega-de-abuso-no-esporte.html>. Acesso em 17 de Ago 2018.

<sup>11</sup> Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan. A infância entra em campo: riscos e oportunidades para crianças e adolescentes no futebol. – Salvador: CEDECA, 2013. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_infanciaemcampo.pdf](https://www.unicef.org/brazil/pt/br_infanciaemcampo.pdf). Acesso em 18 de Ago 2108.

(ii) exploração e abuso sexual; (iii) exposição à risco iminente da integridade física, decorrente de prática esportiva de alto impacto e esforço; (iv) distanciamento familiar, o que facilita o acesso dos aliciadores.

Reforça-se ainda, no que tange sobre o abuso psicológico devido ao fato de uma pressão enorme que o jovem atleta tem sobre si quase nenhum amparo, na busca pela tal ascensão, devido à privação de convívio familiar e também de ser parte de uma comunidade de direito, ficando claro em:

A possibilidade de estar afastado do convívio familiar, mesmo com uma boa assistência do clube, é prejudicial à criança. Muitas vezes a criança sai com sonhos e depois retorna com problemas maiores, uma vez que ficou a infância afastada da família e não terá mais tempo para recuperar a infância perdida. A criança precisa de uma referência familiar, o que não vai ter no clube. (AZEVEDO, 2011, p.63)

Tal privação do convívio familiar e comunitário juntamente com tantos abusos sofridos e direitos fundamentais negados contrapostos a violência, sejam de via psicológicas ou sexuais, que são submetidas tais atletas; tende a produzir estigma na vida adulta de uma pessoa podendo leva-la a uso de drogas, pensamentos suicidas, isolamento social, pois 99% destes atletas que iniciam em times de bases e passam por todas estas etapas se firmam como profissionais conforme (AZEVEDO, 2011, p. 21). Vê-se que isso interfere sensivelmente naquele ser que se encontra em formação, marcando-o para toda a vida.

#### **4. O futebol como instrumento de trabalho infantil**

Dentro dos todos os esportes, o mais desejado por jovens brasileiros é o futebol, como já visto o artigo 7º, XXXIII da Carta Constitucional proíbe a realização de qualquer trabalho por menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos de idade.

Temos neste sentido a Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998, conhecida como Lei Pelé, cuja finalidade é estabelecer as regras gerais sobre o desporto, em concordância com a legislação pátria no que diz respeito à proibição do trabalho do menor, definindo assim em seu artigo 29, §4º que atleta em formação é aquele com idade superior a 14 (quatorze) anos e inferior a 20 (vinte) anos de idade o que vem a ser plenamente justificável, uma vez que o indivíduo em formação está em fase final de desenvolvimento físico, sendo necessário “resguardar [...] o crescimento da pessoa para que possa praticar adequadamente o futebol” (MARTINS, 2011, p. 27).

Tal ponto no que se diz respeito a idade mínima para a prática de atividades com finalidade de formação profissional é alvo de diversas críticas

por meio dos treinadores e no projeto inicial da lei no legislativo havia a ideia de alguns deputados de incluir o artigo 29-C com a seguinte redação: "o atleta em formação é aquele com idade entre 12 e 21 anos." Todavia tal artigo além de prejudicial a saúde e formação da criança também não previa remuneração ao atleta menor de 14 anos, concedendo a ele "apenas ensinamentos necessários [a sua] formação. Dessa forma, passaria o atleta a receber remuneração na forma de auxílio financeiro, apenas a partir dos 14 anos" (AZEVEDO, 2011, p. 44). Embora não se pode negar que a vida profissional de um atleta se inicia bem antes dos 12 anos.

Cabe destacar que existe uma problemática relativa à questão das crianças e adolescentes que ingressam precocemente no cenário competitivo por meio de torneios desportivos e este foi alguma, um dos motivos que "tentou a mudança" na Lei na Pelé (AZEVEDO, 2011, p. 38), podendo se observar que anteriormente às alterações trazidas pela Lei nº 12.395/11, a Lei que regia o desporto no Brasil pouco dispunha acerca de medidas protetivas ao jovem jogador de futebol. Resaltando assim que a legislação brasileira reconhece três formas de manifestações desportivas: o desporto educacional, o desporto de participação e o desporto de rendimento, todos previstos no artigo 3º da Lei Pelé. Em se tratando de atletas menores de idade, pode-se afirmar que "a formação desportiva é claramente desporto praticado sob a manifestação de rendimento, [...] com inegável finalidade de obter resultados" (COORDINFÂNCIA, 2012, p. 06).

O então Ministro dos Esportes Edson Arantes do Nascimento, que foi um dos responsáveis pela criação da Lei Pelé, expõe sobre a questão de poucos jogadores profissionais lutarem pelos seus direitos não havendo uma consciência de classe dos atletas brasileiros, diferentemente da Europa, Uruguai e a Argentina onde recentemente organizaram paralisação por meio de greve para defender os direitos coletivos da classe.<sup>12</sup>

Já que, no Brasil, a maioria dos nossos atletas tem baixa escolaridade e a organização de jogadores profissionais apresenta um baixo nível coletivo; pode-se relacionar esse fato a ideia de que um jovem sem escolaridade, vindo de origens humildes, possa tornar-se um multimilionário de uma hora para

---

<sup>12</sup> A paralisação na Argentina, movida pelo sindicato dos jogadores profissionais o FAA (Futebolistas Argentinos Agremiados), buscava sanar os atrasos no pagamento de salário que já superavam 6 meses, em 2017. Disponível em <http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-argentino/noticia/2017/03/jogadores-mantem-greve-mas-afa-marca-volta-do-campeonato-argentino.html>. Acesso em 18 de Ago de 2018.

No Uruguai, a marca das greves se torna frequente, a última em 2017 foi relacionada à revisão de direitos de imagem, devido ao inconformismo quanto aos repasses de cota dos atletas. Disponível em <https://www.otempo.com.br/superfc/copa-2018/atletas-da-sele%C3%A7%C3%A3o-do-uruguai-apoiam-greve-de-jogadores-no-campeonato-nacional-1.1996745>. Acesso em 18 de Ago de 2018.



outra. Por meio de uma interessante análise sociológica, Bourdieu (1983, p.150) comenta:

Portanto, tudo permite supor que a probabilidade de praticar os diferentes esportes depende, em graus diversos para cada esporte, do capital econômico e, de norma secundária, do capital cultural e do tempo livre; isto por intermédio da afinidade que se estabelece entre as disposições éticas e estéticas associadas a uma posição determinada no espaço social e os lucros que em função destas disposições parecem prometidos para os diferentes esportes.

Podemos afirmar em rápida análise dos mais diversos esportes que cada instituição esportiva uma existência própria de seu ser em um contexto histórico, traduz-se o esporte a fenômenos de círculos sociais. O esporte é uma expressão sociocultural que incorpora e se correlaciona profundamente com as características estruturais da sociedade moderna. Para Eric John Ernest Hobsbawm, intelectual e historiador, o futebol é "a religião leiga da classe operária" por sua adoção e incentivo pelos burgueses ingleses como apropriado passatempo aos operários. Ainda na lição de Hobsbawm consubstancia uma "tradição inventada" (HOBSBAWN; RANGER, 1984, p. 9) pelo Estado e certos grupos sociais em respostas as turbulentas modificações sociais da época.

No Brasil foi a partir da década de 90 que o futebol ganhou enorme destaque, vindo a se tornar um forte produto mercantil, na ocasião a lei nº 8672/93 (Lei Zico), abria espaço para se discutir sobre o desporto, e seu grande marco foi a redução drástica de interferência do Estado sobre o esporte passando para a iniciativa privada grande parte deste poder, iniciando esta nova era na estrutura esportiva, fazendo com que o esporte como muitos outros setores deveriam buscar soluções de mercado para se manterem, iniciando novas formas comerciais para se manterem, embora busca-se também as participação nas rendas lotéricas esportivas.

A cerca das proteções dos menores no ano de 2011, a Lei nº 12.395/11 cria novas garantias indenizatórias às entidades esportivas que por ventura investirem em na formação de atletas, além de ampliar as exigências que visam proteção ao atleta buscando aproximação ao princípio constitucional da proteção integral, como ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia e atentar aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento.

Embora dotado de todo este aparato e protecionismo jurídico, a realidade demonstrada pela Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração

do Trabalho de Crianças e Adolescentes (Coordinfância)<sup>13</sup>, do Ministério Público do Trabalho, é outra. Durante atividades do MPT, o Sertãozinho Futebol Clube, de São Paulo, foi proibido de continuar a terceirizar as categorias de base. A decisão, dada pela juíza Amanda Barbosa, da 4ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP), obrigou a agremiação a celebrar contratos formais com os jovens atletas, nos termos da Lei Pelé e do ECA<sup>14</sup>.

Em 2014, o MPT-PR ajuizou uma Ação Civil Pública contra o Atlético Paranaense por diversas irregularidades presente na sede de treinamento, como condições de higiene precárias nos alojamentos e atletas com menos que a idade mínima exigida. Em 2014 também, 21 jovens retornaram ao Ceará após suposto aliciamento por falso olheiro, conforme já vimos anteriormente, que os mantinha em uma casa sem condições adequadas, em São Bernardo do Campo. Os jovens, tinham idade entre 11 e 21 anos, chegaram a dormir no chão<sup>15</sup>.

No mesmo ano, a Confederação Brasileira de Futebol – CBF estabeleceu o “Pacto pela Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes” juntamente com a Comissão Parlamentar de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, onde no seu texto dispunha de 10 cláusulas protetivas que deveriam se cumprir em sua integralidade, no entanto, até 2017 e destas apenas duas foram efetivadas, o que levou a CBF a solicitar uma audiência pública para a discussão de meios legais coercitivos para se fazer cumprir com os dispositivos, incluindo dois projetos de leis que estão em trâmite nas casas legislativas.<sup>16</sup>

Embora e tenhamos uma legislação moderna e eficaz para proteger o jovem que segue em busca do sonho de ser jogador de futebol e ter ascensão

---

<sup>13</sup> Área de atuação e objetivos da Coordinfância. Disponível em [http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/area-atuacao/crianca-adolescente/](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/crianca-adolescente/). Acesso em 18 de Ago 2018. [online]. Disponível em [https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/73a42bf7-ef51-4144-92dd-c8076b2f9f16/Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas.pdf?MOD=AJPERES](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/73a42bf7-ef51-4144-92dd-c8076b2f9f16/Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas.pdf?MOD=AJPERES). Acesso em 18 de Ago 2018.

<sup>14</sup> O clube Sertãozinho já havia sido autuado em 2013, por terceirizar categoria de base e descumprir com os requisitos de idade mínima nas categorias. Disponível em <http://ibdd.com.br/time-e-proibido-de-terceirizar-categorias-de-base/>. Acesso em 18 de Ago de 2018.

<sup>15</sup> Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1724.html>. Acesso em 18 de Ago de 2018.

16 Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/542935-COMISSAO-PROMOVERA-AUDIENCIA-PARA-AVALIAR-PACTO-PELA-PROTECAO-DE-CRIANCAS-E-ADOLESCENTES-FIRMADO-COM-CBF.html>. Acesso em: 18 de Ago.2018 ; [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1641218](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1641218). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

social ou profissional, todas essas irregularidades demonstram que esta realidade e em vários casos se tornam um problema não só do próprio atleta e de sua família, mas um problema que passa a repercutir em toda a sociedade.

## **5. Conclusão**

Primeiramente cabe ressaltar a importância da proteção do trabalho infantil, conforme analisado a criança é um ser em um ser em formação de valores, moral e até fisiológicos necessitando de proteção integral por parte da sociedade devendo ter prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana que ganhou ênfase no sistema internacional a partir da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A mídia sempre vendeu uma imagem de sucesso associado a jogadores de futebol atualmente no mundo de acessórios masculino estes apelos midiáticos vão de produtos de perfumaria até propaganda de automóveis e vitaminas, transformaram-se os jogadores de futebol padrão de referência masculino seja por meio de penteados, roupas ou até mesmo comportamentos. Mas infelizmente a mídia por meio de propaganda mostra a imagem apenas daqueles jogadores que realizados que lograram êxito fato que estes representa menos de 3% dos atletas que iniciam a atividade profissional, deixando de mostrar, que nem todos conseguem alcançar o sonho de ser jogador de futebol, com a mesma realidade que alcançaram seus ídolos, e que quando não alcançado tal sonho os prejuízos podem ser muito grandes tantos prejuízos em ordem, social, quando até mesmo em saúde pois muitos atletas são afastados por causa de lesões e não mais se recuperam.

Em uma análise mais aprofundada o que motiva muitas vezes estes atletas são as desigualdades sociais em que estes estão inseridos, pois são privados de sonharem com um futuro com educação, sofrem uma desigualdade de conhecimento e sem educação sendo bombardeados por apelos midiáticos que lhe vende uma história de sucesso que num primeiro momento surge um preço baixo, jogar bola, restam a estes jovens uma espécie de loteria onde se arrisca tudo em busca de um sonho que lhe foi vendido, e só futuramente descobre-se que nesta espécie de jogo de sorte o preço é maior do que se imaginava.

E há também a necessidade de expor todo e dizer um basta aos assédios sexuais, muitos jovens guardam para si, e devido ao seu silêncio vários outros jovens tornam-se vítima conforme vimos no caso dos jogadores David White, Andy Woodward e Steve Walters, que foram vítimas de um mesmo técnico, tornando-se assim as práticas esportivas e o início da carreira dos futuros atletas algo saudável algo que os motivem a seguirem e não algo que os maculem ainda mais.

## Referências

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em 18 de Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/2003/L10.672.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.672.htm). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

**NASCIMENTO**, Gilberto. Revista Carta Capital. Política, Economia, Cultura. Ano XV. Nº 521. São Paulo: Editora Confiança. 12 de novembro de 2008.

**AMARTYA SEN**. Desenvolvimento como. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

**BOURDIEU**, P. Como é possível ser esportivo. In: BOURDIEU, P. Questões de sociologia. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan. **A infância entra em campo: riscos e oportunidades para crianças e adolescentes no futebol**. – Salvador: CEDECA, 2013.

**CUSTÓDIO**, André Viana; **VERONESE**, Josiane Rose Petry. Trabalho infantil: a negação do ser criança ou adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB editora, 2007, p. 241.

**JOVANUCCI**, Eduardo; **MONTRIMAS**, Aleksander. Futebol: Sonho ou Ilusão?: A Verdadeira Realidade do Futebol Brasileiro Contada Por Um Goleiro Profissional. Copyright 2014.

**FIRMO**, Aníbal Bruno de Oliveira. *Crimes Contra a Pessoa*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

**FONTANA**, Roseli. ; **CRUZ**, Maria Nazaré da. Psicologia e trabalho pedagógico. São Paulo: Atual, 1997.

**GRUNSPUN**, Haim. O trabalho das Crianças e dos Adolescentes. São Paulo: LTr, 2000.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

**HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence.** A invenção das tradições. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-argentino/noticia/2017/03/jogadores-mantem-greve-mas-afa-marca-volta-do-campeonato-argentino.html>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <http://ibdd.com.br/time-e-proibido-de-terceirizar-categorias-de-base/> Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1724.html>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <http://www.sindicatodeatletas.com.br/noticias/institucional/sapesp-realiza-palestra-e-debate-sobre-campanha-chega-de-abuso-no-esporte.html>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em:  
[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/deportes/1494542986\\_404520.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/deportes/1494542986_404520.html)

Disponível em: [https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/73a42bf7-ef51-4144-92dd-c8076b2f9f16/Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas.pdf?MOD=AJPERES](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/73a42bf7-ef51-4144-92dd-c8076b2f9f16/Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas.pdf?MOD=AJPERES). Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <https://www.otempo.com.br/superfc/copa-2018/atletas-da-sele%C3%A7%C3%A3o-do-uruguai-apoiam-greve-de-jogadores-no-campeonato-nacional-1.1996745>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

Disponível em: <https://www.torcedores.com/noticias/2018/02/existe-assedio-sexual-no-futebol-e-nao-e-pouco-diz-autor-de-livro-sobre-abuso-no-esporte>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. A Educação e o Trabalho do Adolescente. 1ed Curitiba: Jarua, 2014.

Disponível em:  
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/542935-COMISSAO-PROMOVERA-AUDIENCIA-PARA-AVALIAR-PACTO-PELA-PROTECAO-DE-CRIANCAS-E-ADOLESCENTES-FIRMADO-COM-CBF.html>. Acesso em: 18 de Ago.2018;  
[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1641218](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1641218). Acesso em: 18 de Ago. 2018.



## **A (re) construção da identidade: do uso do nome social à alteração do registro civil de nascimento das pessoas trans e travestis**

Amanda Moreira do Nascimento<sup>1</sup>

Jordana Prata Silva

Laura Cardoso

Mariana Cesar de Carvalho

Daniele Ribeiro do Val de Oliveira Lima Santa Barbara

Dário Aragão Neto

### **Resumo:**

Este projeto tem como intuito contribuir e compreender a realidade vivenciada pela população trans e travesti na cidade de Volta Redonda, no que se refere aos processos de requalificação civil. Por mais que haja tabus sobre o assunto, o debate jurídico precisa acompanhar o debate social.

### **Palavras-chave:**

Requalificação civil; nome social; transexualidade.

---

<sup>1</sup> Dados dos autores?

## 1. Introdução

O direito ao NOME é assegurado ao indivíduo no ato do nascimento. Sobretudo, faz-se necessário um olhar acerca do constructo social vivenciado pelo indivíduo, de modo a garantir uma compreensão deste enquanto sujeito de direitos. A partir dessa compreensão, cabe respeitar a identidade deste ser social em quaisquer aspectos, onde envolvem também, as relações de gênero.

Até o ano de 2018, não havia no Brasil uma legislação que regulamentasse e determinasse a alteração imediata do registro civil, somente judicialmente a alteração podia ser pleiteada pelo transexual ou travesti.

A Lei nº 9.708, de 1998 em seu artigo 58 diz que o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Em seu parágrafo único, infere que a substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. Essa é a base que permitiu jurisprudências para requalificação do nome civil de transexuais no Brasil.

O argumento para autorização da mudança do nome se baseia na compreensão de alguns magistrados que a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, e é responsabilidade do Judiciário evitar constrangimento social. Além disso, se já existe a autorização da operação de mudança de sexo pela rede pública de saúde, isto é, se o Estado autorizou a mudança e transformou homem em mulher, porque a mudança de nome e de sexo no registro de nascimento não deveria ser permitida?

Tanto o Serviço Social quanto o Direito se inscrevem no terreno das Ciências Sociais Aplicadas, e entre suas atribuições está o compromisso de intervir nas mais variadas demandas apresentadas pela população de modo a promover a garantia e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, considerando aspectos sócio-histórico-culturais vivenciados e promovendo o protagonismo deste e sua família no processo de superação ou minimização das demandas apresentadas.

Neste viés, o presente projeto pode contribuir com a compreensão da realidade vivenciada pela população transexual e travesti do município de Volta Redonda, com foco na garantia do direito fundamental do uso do nome condizente com sua identidade.

A contemporaneidade encontra-se permeada por estigmas que ocasionam preconceitos, inclusive no que diz respeito às identidades de gênero e orientação sexual. Consequência disso são os inúmeros casos de violações de direitos, realizados, inclusive, dentro de instituições públicas e privadas. A transfobia cresce a cada dia, um movimento de negação à identidade de gênero, permeada por violências, física, moral, verbal, sexual, entre outra, que gera a



desqualificação e mesmo a coisificação do sujeito. Isso precisa ser enfrentado com debate, educação e proteção social.

O interesse pela pesquisa surgiu a partir da percepção e diálogos entre a universidade e Conselho Regional de Serviço Social, acerca da dificuldade de promoção e garantia do direito à identidade pela população supracitada, onde, em diversos espaços, tem sido vítima de discriminação pelo desrespeito ao nome social, bem como o processo burocrático e oneroso que é a requalificação civil.

Destarte, também teremos a promoção do acesso de universitários à realidade específica vivenciada por este público que, muitas das vezes, tem tal direito negligenciado. Portanto, o objetivo geral desta pesquisa constitui-se em contribuir para o exercício da cidadania das pessoas trans e travesti, na defesa pela reconstrução de sua identidade social e civil.

Bem como, alguns dos objetivos específicos tratam de compreender os trâmites administrativos e jurídicos necessários para o uso do nome social e para a alteração do registro civil de nascimento. Também mapear propostas leis, legislações e debates acerca do tema. Além disso, quantificar casos de solicitação de alteração do registro civil de nascimento na Comarca de Volta Redonda e analisar os principais desafios impostos aos trans e travestis, para a garantia do uso do nome social e para a alteração do registro civil de nascimento. Por fim, objetiva-se igualmente, obter uma compreensão sobre a nova determinação do STF, onde permite ao transexual a alteração de nome seja processo judicial. E de que forma os cartórios estão sendo orientados para agir em tais situações.

Apesar dos tabus ainda presentes na sociedade quanto ao exercício da sexualidade diferente do padrão heteronormativo e da resistência de muitos grupos sociais às publicizações sobre a história de trans e travestis, o debate jurídico acompanha o debate social e inscreve na pauta de reconhecimento de direitos a mudança de identidade social e civil desses cidadãos.

## **2. Desenvolvimento**

A lei nº 9.708, de 1998 em seu artigo 58 diz que o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Em seu parágrafo único, infere também que a substituição do prenome será admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. Essa é a base que permitiu a jurisprudência para requalificação do nome civil de transexuais no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, porém, em março de 2018, decide que não é necessário que transexuais se submetam a cirurgia para ter seu nome alterado. E que também não é necessário autorização judicial para requerer a

mudança no cartório. Essa é uma decisão histórica, pois, quando se nega ao transexual o direito de ter seu nome reconhecido, pode atingir sua saúde mental e emocional, causando, por exemplo, depressão. Muitos podem até procurar outras formas de ganhar dinheiro, já que, por conta de preconceito, discriminação e segregação, teriam dificuldades em arrumar um emprego.

Contudo, ainda se tem uma dúvida sobre como os cartórios devem proceder nesses casos, e que tipo de orientação recebem. Pois, como já citado, não é necessário autorização judicial. Atualmente, somente os cartórios de São Paulo estão fazendo a requalificação do nome.

Nas eleições de 2018, foi a primeira vez em que transexuais e travestis puderam ser identificados e votar com o nome que são socialmente reconhecidos. O Supremo Tribunal Eleitoral – STE, reconheceu em março deste ano a decisão que consta que o título de eleitor poderá ser emitido com nome social. E, através de informações desse tribunal, os eleitores além de terem o nome social no título de eleitor, também terão a mudança da designação no caderno de votação.

É preciso frisar que o STE não estipulou regras para a inclusão do nome social, vale a forma como a transexual se identificar ou como queira que conste em seu título, podendo ser com ou sem sobrenome, desde que a designação não atente contra o pudor. Essa decisão foi uma grande conquista para trans e travestis, pois poder ser reconhecido com seu nome social, ver o mesmo em sua documentação, é além de tudo se afirmar e reconhecer como é. Além disso, também evita constrangimentos na hora de se apresentar, já que o corpo físico, o psíquico e a gestualidade/comportamento não batem com o nome encontrado na documentação.

Outro aspecto importante de considerarmos, é que ver o nome com o qual a pessoa se identifica registrado em uma identificação civil e documental, é, também, questão de dignidade. E é através de avanços como estes que a comunidade LGBTQ+ pode se sentir mais incluída no cenário político do país, abrindo portas para uma maior representação da causa, o que antes acontecia em menor número por questões de constrangimento. O STF, a partir desta decisão, dá voz a uma comunidade e legitima o direito de se expressar politicamente.

E a partir de decisões como essas que acontecem novas mudanças, como inscrição para prova da IFRJ, que passou a aceitar nome social para realização da prova. Outra importante conquista vem com o FIES, que também aceita nome social. Uma resolução feita pelo MEC, esta resolução autoriza o nome social de trans e travestis em registros escolares de educação básica. Maiores de dezoito anos podem solicitar que a matrícula nas instituições de ensino possam ser feitas com o uso do nome social. Agora, caso seja menor de idade, a solicitação é apresentada pelos representantes legais. Enem e ENCEJA também estão aceitando nome social dos seus participantes.

Ademais, em nossa Constituição Federal há vários artigos que dissertam a respeito da dignidade da pessoa humana. Como se pode encontrar no art.1º, inciso III, desta constituição " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana."

A dignidade da pessoa humana faz parte do Estado democrático de direito. É, portanto, uma referência na hora de se entender a aplicação de normas jurídicas. Se entende que nenhum ser humano pode ser visto ou tratado como um objeto. Vale ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República.

Flávia Piovesan diz que:

"à dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro." (2000, p 54)

E ainda acrescenta que:

"É no valor da pessoa humana que a ordem jurídica seu próprio sentido, seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito internacional e o Interno." (2004, p.92)

Ainda abordando o tema da dignidade humana, o STF manifesta-se dizendo:

"(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art.1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor – fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...) HC 95464, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em

Nesse contexto, tem-se também os direitos da personalidade, que são direitos inalienáveis, encontrados “fora do comércio”, e que merecem proteção legal. A constituição federal em seu artigo 5, X, diz que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.”

O código civil nos dá um capítulo sobre este direito, e nos da referência a algumas características dos Direitos da Personalidade, que são: intransmissibilidade; não podendo ser transferido para outra pessoa, irrenunciabilidade; não pode ser renunciado, ou seja, uma pessoa não pode dizer que não quer mais aquele direito, indisponibilidade; ninguém pode usar este direito como bem entender.

O direito da personalidade é dividido em três categorias, a primeira é Direito à integridade física (código civil 2002), se encontrando nos artigos 13,14 e 20 que condena a tortura, atentado a saúde, lesão corporal, abandono de incapaz. Tem direito à integridade psíquica (código civil 2002), o artigo 21 fala sobre o desenvolvimento moral das faculdades mentais do indivíduo e condenando em caso de tortura, lavagem cerebral e técnicas que induzem determinado comportamento. E por fim, Direitos morais, que se encontram na Constituição Federal, no artigo 5º, que também são conhecidos por Direitos à reputação, esse direito tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima de que a pessoa desfrute nas relações sociais.

De acordo com Gonçalves (2007), “o respeito à dignidade humana se encontra em primeiro plano, entre os direitos fundamentais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico Brasileiro na defesa dos direitos da personalidade.” O direito da personalidade é protegido por vários ramos do ordenamento jurídico. Sendo assim, há uma grande quantidade de estatutos disciplinadores que focam neste assunto. No entanto, esta proteção, possui o dever de reparar o dano moral causado ou por ofender o direito da personalidade. Um dos direitos da personalidade, é o Direito ao corpo, que diz que ninguém pode ser constrangido à invasão do seu corpo contra a sua própria vontade.

A sociedade entende e classifica o ser humano pela forma com a qual aparenta ser, ou seja, levando em conta seu sexo biológico. Culturalmente, a nossa sociedade entende e conceitua o sexo como feminino e masculino. Entretanto, há pessoas cuja identidade de gênero, ou seja, a forma com a qual nos enxergamos e nos sentimos, não corresponde com esse padrão biológico. Como é o caso dos transexuais. Conforme consta no código civil de 2002, no artigo 13: “Salvo por exigências médicas, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importa diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” Após a leitura deste artigo, é possível notar que

há fundamentos conservadores, ficando entendido que o ato de retirar o órgão sexual fira os bons costumes. O código entende que a amputação somente pode acontecer em casos de risco de vida.

Há um discurso por parte dos médicos que, apesar de conter dúvidas, é reproduzido no discurso jurídico, que é baseado em questões biológicas que dá as definições encontradas em nossa cultura. Explicando o que vem a ser homem, mulher e, de mesmo modo, dando uma definição sobre transexualidade.

Em alguns casos há conflito entre esses discursos, pois enquanto a medicina realiza a mudança de sexo, o jurídico se nega a fazer a troca do estado civil, fazendo com que o transexual fique em uma situação de risco. Apenas cirurgias realizadas dentro dos critérios do Conselho Federal de Medicina possibilitam que o nome seja trocado e aprovado pelo judiciário.

O Diário oficial no estado de Minas Gerais, no dia 11 de outubro de 2011, publicou o decreto 8.496, onde fica estabelecido que tanto travestis quanto transexuais podem usar o nome social no âmbito da administração pública direta e indireta. Essa iniciativa acontece para que transexuais e travestis possam ser chamados pelo nome que se reconhecem e que são reconhecidos na sociedade. De acordo com a coordenadora Especial de Política de Diversidade Sexual, Walquíria La Rocha, com essa medida adotada, contribuirá para a diminuição do preconceito e, principalmente, para diminuição do constrangimento que os trans e travestis são submetidos.

Para a elaboração desta pesquisa, faz se necessário o uso combinado das abordagens qualitativas e quantitativas. A proposta é qualitativa, com pesquisa bibliográfica e hemerográfica, com uso de fontes primárias e secundárias, análise de documentos e pesquisas já feitas sobre o tema.

A pesquisa de campo permitirá conhecer os ritos processuais para a solicitação de alteração do registro civil, identificar o número de processos existentes na Comarca de Volta Redonda, tanto os em andamento quanto os já arquivados, além de possibilitar o convite para a realização de entrevistas com os operadores do direitos e assessores técnicos.

Teremos uma pesquisa de caráter quantitativo, à medida que confeccionaremos gráficos e sistematizaremos dados e indicadores que sugiram tendências e possibilidades de sucesso nos pleitos judiciais.

Temos como instituições parceiras o Conselho Regional de Serviço Social (CRESS). A pesquisa conta com o apoio da equipe técnica da 1ª Vara de Família, que mediará o acesso às informações necessárias à confecção de um panorama de indicadores acerca dos processos: incidência maior de casos de trans mulheres ou homens, faixa etária, estado civil ou de fato. Ademais, dados referentes ao índice de deferimentos e indeferimentos dos pedidos e, neste último caso, ajudar na sistematização dos motivos para a negação do pleito.

É importante ressaltar também que tem sido preciso percorrer todo um processo para realizar essa pesquisa de campo citada anteriormente, primeiramente obtemos um despacho do Juiz da 1ª Vara de Família da Comarca de Volta Redonda, autorizando a pesquisa e o acesso a determinados dados e informações, porém com algumas restrições compreensíveis dada a importância da proteção das partes envolvidas no processo.

Não temos a possibilidade de fazer pesquisa nos processos impressos que são mais antigos, somente nos processos eletrônicos, portanto isso nos deixou com um recorte temporal a partir de 2016. Além disso, o mesmo só autorizou o acesso aos dados sob a supervisão de profissionais da própria Vara, por isso temos uma assistente social, funcionária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que está nos auxiliando na pesquisa e mediação. Em virtude disso, reafirmamos que o compromisso com o sigilo é fundamental para o sucesso desta pesquisa de campo.

### **3. Considerações finais:**

Dado o exposto, para esse Simpósio de Pesquisa em Direito do UniFOA, apresentamos a nossa proposta de pesquisa acrescida de alguns dados e compreensões inaugurais, uma vez que a mesma ainda se encontra em fase inicial. É visível que conforme nos aprofundamos no tema tomamos conhecimento do crescimento de um movimento de proteção dos direitos dos transexuais e travestis, em grande parte protagonizado pela comunidade LGBTQ e pelos defensores dos Direitos Humanos em todas as suas frentes populares e congressistas, e na medida em que grandes conquistas como a recente decisão do Supremo Tribunal Federal citada anteriormente, se fazem presentes.

Dito isso, em nossas análises, apesar de ainda não possuímos dados sistematizados, já nos é possível observar algumas tendências que nos direcionam a certos questionamentos que serão essenciais para impulsionar nossos resultados. Essas tendências são um baixo número de processos de requalificação civil propostos por pessoas trans e travesti, a presença de algumas desistências e a situação desses processos, sendo esta, que todos ainda se encontram em andamento, nenhum alcançou o trânsito em julgado. Mesmo que esse seja um tema bastante abordado, que se deve essa baixa procura? Viria a ser a dificuldade de informação e acesso? Ou poderia ser uma realidade do município de Volta Redonda? Por que alguns desistem quando o processo chega à psicologia e a assistência social? A que atribui-se essa morosidade nas decisões? Ademais, algo que nos interessa muito e vem a ser de suma importância para a pesquisa é tentar compreender como esta vai se adequar a essa recente decisão do STF. O número de processos vai realmente cair como o esperado? Ou a dificuldade em estabelecer uma orientação aos cartórios vai atrasar esse andamento?

Ao final dessa pesquisa, esperamos trazer uma contribuição para a sociedade acadêmica e também auxiliar trazendo uma metodologia para esse debate que se configura atualmente.

## **Referências**

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: A Experiência Vivida. São Paulo. Difusão Europeia do Livro, 1967.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. São Paulo. Difusão Europeia do Livro, 1970.

COLLING, Leandro (org.). Dissidências Sexuais e de Gênero. Salvador. EDUFBA, 2016.  
DAWSON, James. Este livro é gay. Tradução de Rafael Mantovani ; São Paulo. Ed. WMF Martins e Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Deusivam de.; PINTO, Cristiano Rosalino Braule (orgs.). TRANSPolíticas públicas. Campinas. Papel Social, 2017. PINHEIRO, Livia R. Entenda Identidade de Gênero e Orientação Sexual. Movimento para equiparação da LGBTfobia ao Racismo. Disponível em RODRIGUES, Alexsandro; MONZELI, Gustavo; FERREIRA, Sérgio Rodrigo da Silva (orgs.). A Política do Corpo: gêneros e sexualidade em disputa. Vitória. EDUFES, 2016.

SOUZA, Vanessa Bezerra de; VELOSO, Renato. Gênero e Serviço Social: desafios a uma abordagem crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Constituição Federal do Brasil. Brasília: DF, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. Parte Geral, 5 ed. São Paulo (SP): Saraiva: 2007, v. 1.

SANTANA, Raquel Santos de. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. DireitoNET, 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto> Acessado em: 14/10/2018

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. Direitos da Personalidade. Jus.com.br, 2017. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/55019/1> Acessado em: 14/10/2018

# Análise qualitativa da proposta de reforma legislativa da viii jornada de direito civil diante da superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.<sup>1</sup>

Alexandre Hiromitsu Hamasaki<sup>2</sup>

Caroline Garcia Ermano<sup>3</sup>

Patrícia Silva Cardoso<sup>4</sup>

## Resumo:

A superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) modificou a incapacidade civil daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; são, hodiernamente, considerados como relativamente incapazes. Tal mudança teve impacto nos institutos da prescrição e da decadência, uma vez que tais pessoas não são mais protegidas pelas causas impeditivas e suspensivas unilaterais. A problemática paira sobre o fato de essas pessoas não poderem emitir declarações de vontade e o prazo prescricional ou decadencial continuar a correr durante esta causa incapacitante. Na tentativa de solucionar tal situação, a VIII Jornada de Direito Civil aprovou uma proposta de reforma legislativa para (re)incluir esse grupo nas causas impeditivas e suspensivas unilaterais de prazos prescricionais do art. 198. Diante de tal proposição, a partir de pesquisa em literaturas clássica e contemporânea, objetiva-se no presente trabalho, a análise qualitativa do enunciado de proposta de reforma legislativa aprovada e publicada na VIII Jornada de Direito Civil; as razões que levaram à elaboração de tal enunciado; bem como a melhor solução para resolver as incoerências técnicas advindas da superveniência da Lei n. 13.146/2015.

## Palavras-chave:

VIII Jornada de Direito Civil; Proposta de Reforma Legislativa; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Incapacidade Civil; Prescrição.

---

<sup>1</sup> Trabalho produzido no âmbito do Grupo de Pesquisa "Civitas - Relações Jurídicas Privadas na Contemporaneidade".

<sup>2</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ).

<sup>3</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ)

<sup>4</sup> Doutora em Direito da Cidade pela UERJ, em co-tutela com a "Università di Roma - La Sapienza", mestrado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ)



## 1. Introdução

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) entrou em vigor trazendo consigo diversas modificações em institutos jurídicos já consolidados na doutrina brasileira, bem como a criação de outro novo instituto, a tomada de decisão apoiada.

No que concerne ao intuito deste trabalho, destaca-se a mudança das pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade de absolutamente incapazes para relativamente incapazes. Tal modificação na teoria da incapacidade movimentou a discussão na doutrina brasileira, tanto pelo fato dessas pessoas não se referirem necessariamente às pessoas com deficiência, quanto pelas incoerências técnicas que ocasionou com a mudança.

Dessa forma, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade passaram a não ter mais a proteção das causas impeditivas e suspensivas unilaterais do prazo prescricional, o que implica dizer que contra tais pessoas corre o prazo prescricional, podendo resultar no atingimento de sua pretensão a um direito prestacional. Consequentemente, correm também prazos decadenciais contra elas, como será exposto.

A problemática geral se encontra no fato de que estas pessoas não podem exprimir suas vontades, o que significa dizer que não há declaração de vontade emitida. Se essas pessoas não conseguem externar suas vontades, como poderiam acionar o juízo para não verem suas pretensões caducificarem pelo decurso do tempo, tendo em vista que são assistidos e não representados?

Em busca de solucionar tal questão, a VIII Jornada de Direito Civil aprovou e publicou um enunciado de proposta legislativa que busca acrescentar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade nas causas impeditivas e suspensivas do prazo prescricional, juntamente com os absolutamente incapazes. Observa-se, desta forma, uma tentativa de solucionar uma grave falha que a superveniência do Estatuto da pessoa com deficiência provocou no ordenamento jurídico; o que, contudo, não resolve determinadas incoerências técnicas do instituto da incapacidade.

Dessa forma, pela pesquisa em literaturas clássica e contemporânea, objetivou-se no presente trabalho a análise qualitativa do enunciado de proposta de reforma legislativa aprovada e publicada na VIII Jornada de Direito Civil; as razões que levaram à elaboração de tal enunciado; bem como a melhor solução para resolver as incoerências técnicas trazidas pela Lei n. 13.146/2015.

## 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

é o marco legal no Brasil para a tutela concreta daqueles que apresentam maior vulnerabilidade no ambiente social.

Tal marco legislativo foi impulsionado em razão da incorporação à ordem constitucional brasileira da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de maio de 2007, por força do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Este inaugurou, no ordenamento pátrio, o modelo social de deficiência.

O entendimento da deficiência, através dos séculos, comportou três modelos distintos: modelo moral, modelo reabilitador (integração) e modelo social (inclusão). O modelo moral foi vigente na antiguidade, sob um viés bíblico, caracterizando-se por uma justificação religiosa da deficiência, e pela percepção que a pessoa nada tem a contribuir para a comunidade; as causas da deficiência seriam castigo dos deuses por uma falha moral, um pecado cometido pelos pais ou uma advertência quanto a catástrofes que estariam por vir (BARBOZA; ALMEIDA, 2017, p. 13).

O segundo modelo, reabilitador, decorre de padrões científicos da modernidade, sendo denominado também "modelo médico". Este encara a deficiência como condição patológica, de natureza individual. A pessoa deve, assim, ser tratada através de intervenções médicas, isto é, reparada, para tornar-se mais próxima de "normal". Desenvolveram-se, nesse âmbito, meios de prevenção, tratamento e reabilitação, que acabaram vinculados à compreensão de integração, inclusive presente no art. 203, IV, da CRFB/88. Assim discorrem Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida (2017, p. 15):

Esse modelo reabilitador, a despeito dos benefícios que pode proporcionar, foi alvo de críticas especialmente na década de 1960, em razão da "obstinação" em realizar intervenções para tornar o indivíduo "normal". A discriminação, contudo, na maioria das vezes se mantinha e, principalmente, o ambiente que o cercava permanecia intacto: o problema continuava sendo da pessoa com deficiência e a sociedade se mantinha inerte e imutável.

Para evolução no tratamento da matéria, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, estabelece em seu preâmbulo:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em

igualdade de oportunidades com as demais pessoas,  
(...) (BRASIL, 2009).

Tais termos instituem o modelo social no tratamento da questão das pessoas com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim, elaborado sob os ditames da Convenção, traz essa percepção ao nível infraconstitucional. Funda-se tal modelo em uma vida independente, autônoma para realizar a pessoa seus projetos existenciais e patrimoniais. No que tange aos efeitos da adoção do modelo social:

O primeiro, se não o mais importante, efeito da adoção do modelo social consiste em promover a inversão da perspectiva na apreciação da deficiência, que deixa de ser uma questão unilateral, do indivíduo, para ser pensada, desenvolvida e trabalhada como relação bilateral, na qual a sociedade torna-se efetivamente protagonista, com deveres jurídicos a cumprir. (...) O segundo, e não menos importante efeito, se verifica na configuração da citada relação bilateral de interação como se vê ao longo do texto legal, de que são exemplos os art. 1º e 3º. O EPD tem o objetivo expresso de assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Constitui, portanto, o instrumento principal de efetivação do modelo social, ao convocar instituições públicas e privadas para o processo de inclusão. Do mesmo modo são chamados todos os setores da sociedade, de modo coletivo ou individual (BARBOZA; ALMEIDA, 2017, p. 17).

O modelo social implica a necessidade de reconhecimento. A autonomia da pessoa é fortemente reforçada. Pode-se dizer que a capacidade civil hoje é reconhecida como direito fundamental<sup>5</sup>. A capacidade é regra, enquanto a incapacidade é exceção (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 297-298). Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Braga Netto, "desigualar pessoas, à luz da Constituição de 1988, será sempre arbitrário e constitucionalmente vedado, a menos que a desequilíbrio busque reequilibrar situações de desajuste" (2017, p. 299).

---

<sup>5</sup> Hoje podemos falar não só do direito fundamental à personalidade (na dimensão jurídica, com todas as consequências que daí decorrem), como podemos ir além, falar no direito fundamental à capacidade civil. Capacidade civil tem a ver com autodeterminação, escolha dos próprios rumos, decisões sobre aspectos existenciais e patrimoniais da própria vida." (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 301).

Assim, a partir do advento da Lei n. 13.146, as pessoas com deficiência são capazes para os atos da vida civil – conforme artigo 6º da Lei 13.146 e por alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil Pátrio. Ocorre que tal diploma normativo, promotor do modelo social de deficiência, e, desta forma, de grande importância, trouxe também algumas alterações tecnicamente inviáveis: caso daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que agora são relativamente incapazes, por força do art. 4º, III, do Código Civil.

### **3. Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade**

As pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, eram consideradas, na redação primária do Código Civil de 2002, como absolutamente incapazes, conforme dispunha o artigo 3º, III. O artigo 114 da Lei n. 13.146/2015, contudo, revogou todas as possibilidades de incapacidade absoluta que não fosse por idade (abaixo de 16 anos); revogou as incapacidades de qualquer pessoa com deficiência, independentemente do grau de comprometimento de sua sanidade mental e seu discernimento, e transferiu as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade para a incapacidade relativa.

Muito embora se discuta a efetividade de conceder plena capacidade às pessoas com deficiência, conforme artigo 6º, do Estatuto da pessoa com deficiência; no tocante ao presente trabalho, nos atentaremos tão somente à modificação da incapacidade daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Difícil é entender qual foi o objetivo do legislador ao querer mudar essa hipótese de incapacidade, de absoluta para relativa. É possível extrair da doutrina mais contemporânea<sup>6</sup> uma possível explicação para tal modificação, que estaria no fato de poder incluir nessa possibilidade de incapacidade relativa, as pessoas com deficiência que, por ventura, não pudessem exprimir suas vontades. Observa-se que originariamente esta hipótese de incapacidade não incluía as pessoas com deficiência, haja vista que possuíam situações próprias de incapacidade. Orienta a doutrina, contudo, que o fato incapacitante não é mais a deficiência da pessoa, mas sim, o fato dela não poder exprimir sua vontade:

A pessoa com deficiência, eventualmente, por algum fator pessoal, pode estar impossibilitada de manifestar

---

<sup>6</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 119); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p. 347-350); Rogério Sanches Cunha, Cristiano Chaves de Farias e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 313-314).

a sua vontade, temporária ou definitivamente. Nessa hipótese, exclusivamente se não puder externar os seus desejos, a pessoa com deficiência pode ser considerada incapaz relativamente (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 347).

Independentemente se as pessoas com deficiência podem, ou não, serem incluídas nessa hipótese de incapacidade relativa, verdade é que a mudança realizada na teoria da incapacidade, no que tange àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, ocasionou diversas incoerências técnico-jurídicas que movimentou a discussão doutrinária para a busca de explicação e solução dos problemas que ocorreram com a superveniência do Estatuto da pessoa com deficiência.

Um das incoerências é o fato dessa categoria de incapacidade não se tratar de pessoas com deficiência; razão pela qual não deveria ter sido modificado pela Lei n. 13.146/2015, uma vez que o artigo 1º da lei deixa claro que o Estatuto da pessoa com deficiência é destinado "a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania". Ou seja, mudar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, de absolutamente incapazes para relativamente nada tem relação com o objetivo de inclusão social das pessoas com deficiência. Assim é o entendimento da professora Maria Celina Bodin de Moraes que, atualizando o livro de Caio Mário da Silva Pereira, assim se manifesta:

O inciso III do art. 3º do Código Civil também foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que transferiu essa hipótese para o rol de pessoas relativamente incapazes (art. 4º, III, do Código Civil). A mudança causa ainda mais surpresa do que as modificações anteriores, na medida em que esse inciso não dizia respeito, na interpretação que lhe era normalmente conferida, a qualquer hipótese de deficiência (objeto central do Estatuto), mas, sim, a causas de outra natureza que impedissem a manifestação volitiva (PEREIRA, 2017, p. 237).

Somado a isso, expõe-se que há uma incoerência de ordem técnica, no que tange ao instituto da incapacidade, quando se transfere as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade de absolutamente incapazes para a incapacidade relativa. Primeiro, no tocante à própria capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil; e segundo, no que se refere à representação ou a assistência.

Quando está a se falar em pessoas que não podem exprimir suas vontades, esta impossibilidade de externar uma declaração de vontade é absoluta. Não se trata de uma situação onde a pessoa consegue exercer determinados atos da vida civil e outras não; muito pelo contrário, não se consegue exercer pessoalmente nenhum ato da vida civil, pois não há a manifestação volitiva.

O exemplo clássico trazido pela doutrina para ilustrar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade é o caso da pessoa que se encontra em estado de coma<sup>7</sup>. Uma pessoa em estado de coma não consegue exprimir sua vontade para qualquer que seja o ato da vida civil; não se trata de incapacidade relativa a certos atos ou à maneira de os exercer como propõe o artigo 4º, caput, CC/02.

Além disso, é irrefutável, doutrinariamente, que os absolutamente incapazes são representados, ao passo que os relativamente incapazes são assistidos<sup>8</sup>. Os absolutamente incapazes não atuam diretamente e pessoalmente nos atos da vida civil<sup>9</sup>, são os seus representantes legais que atuam em nome e nos interesses do incapaz. Os relativamente incapazes, por sua vez, podem praticar alguns atos pessoalmente, sem assistência alguma; e outras que praticam diretamente, mas que necessitam de um assistente para que haja a ratificação do ato praticado, sem a qual o negócio jurídico está sujeito à anulabilidade, conforme artigo 171, I, CC/02.

---

<sup>7</sup> “São as hipóteses de embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, além de outras, tais como um descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnico, defeito de drogas” (PEREIRA, 2017, p. 236).

<sup>8</sup> Nas palavras de Fábio de Oliveira Azevedo: “O legislador faz uma gradação dessa incapacidade para a atuação por si só, conforme a proteção se faça com maior ou menor intensidade. São as incapacidades absoluta (art. 3º) e relativa (art. 4º), sujeitas a representação (absoluta) e assistência (relativa)” (2011, p. 153). Da mesma maneira, Caio Mário da Silva Pereira desta que “o Código Civil destaca, de um lado, os que são inaptos para a vida civil na sua totalidade, e, de outro lado, os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício. E atendendo à extensão da incapacidade, gradua a forma da proteção, que para os primeiros assume o aspecto de representação, de vez que são completamente impedidos de agir juridicamente, e para os segundos a modalidade da assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, porém sob condição de serem autorizados” (PEREIRA, 2017, p. 229).

<sup>9</sup> Embora não se possam negar situações cotidianas em que os absolutamente incapazes realizam negócios jurídicos que produzem, plenamente, sua eficácia. Fábio de Oliveira Azevedo (2011, p. 155) resume em três correntes na busca do fundamento legal dessas situações: o primeiro que diz se tratar de uma ficção jurídica que importa em uma representação implícita; o segundo que defende ser um ato socialmente aceito, sendo justificado como um costume e o terceiro que sustenta não haver um negócio jurídico e sim, um ato-fato-jurídico.

Fácil é entender, desta forma, a crítica que se faz à mudança do grau de incapacidade daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Se não há manifestação volitiva da pessoa, não há nada a ser confirmado pelo assistente. Perfeito estava o posicionamento da redação original em que figuravam como absolutamente incapazes, haja vista que, uma vez impossibilitados de emitir declarações de vontade, de qualquer natureza, necessitam de outra pessoa para agir em seu nome e nos seus interesses, enquanto perdurar o que ensejou a situação de incapacidade; pois a incapacidade civil é a exceção, ao passo que a capacidade plena é a regra.

Tal mudança trouxe grande impacto a diversos institutos do direito civil, notadamente, à prescrição e à decadência, problemática a seguir exposta.

#### **4. A prescrição e a decadência e o artigo 198 do Código Civil**

O tempo é um elemento que por vezes tem efeito sobre o direito civil e seus institutos, sobretudo no que concerne à prescrição e à decadência. Nestes, há o decurso do tempo somado a uma omissão, que produz consequências jurídicas. O enunciado *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aqueles que dormem) é reflexo deste fenômeno.

A natureza jurídica dos institutos da prescrição e da decadência é ato-fato jurídico caducificante. Os atos-fatos:

“são fatos jurídicos em cujos suportes fáticos existem atos humanos, porém a norma jurídica não se importa com a vontade em praticá-los. Não há, portanto, em relação a eles, relevância no elemento vontade, basta que, objetivamente, os requisitos estabelecidos na norma jurídica ocorram, para que os atos em questão sejam juridicizados como atos-fatos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 588-589).

No que tange às diferenças entre os institutos, a prescrição envolve a perda do exercício do direito, enquanto a decadência envolve a perda do próprio direito. A decadência extingue direitos, este é seu efeito. Se um indivíduo que detinha certo direito, transcorrido o prazo para seu exercício, não o fez, tal direito é extinto, isto é, não mais o detém. Por sua vez, a prescrição não extingue o direito nem a ação. A prescrição apenas encobre a eficácia da pretensão<sup>10</sup> (*Anspruch*):

---

<sup>10</sup> Pretensão, esclarece Pontes de Miranda, é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Direitos sem pretensão não deixam de ser direitos subjetivos, só não são exigíveis (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 590). O Código Civil, corroborando o entendimento de que o objeto da prescrição é a pretensão, assim dispõe em

A prescrição, a rigor, atinge a exigibilidade do direito, algo que é conhecido como pretensão. Pretensão (Anspruch) é a posição de quem pode, juridicamente, exigir de outrem alguma prestação, positiva ou negativa. Quem, portanto, é titular de um direito prescrito não poderá exigí-lo de outrem. O direito, na verdade, continuará a existir, só não será exigível (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 589).

Vale dizer, o Código Civil definiu, de modo taxativo, as hipóteses de prescrição nos artigos 205 e 206; qualquer outro prazo estipulado por tal diploma normativo será de decadência, e não de prescrição. Ainda, a prescrição resulta sempre de lei, e nunca de ajuste negocial entre as partes (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 590).

Ponto relevante é a proposta doutrinária de Agnelo Amorim Filho, que, hoje seguida majoritariamente pela doutrina, evidencia que a prescrição se relaciona com direitos subjetivos, prestacionais, e a decadência atinge direitos potestativos. Os institutos se distinguem, na visão do autor, no que diz respeito à possibilidade de violação pelo sujeito passivo. Certos direitos podem ser violados pelo sujeito passivo – porque dependem de ato do devedor – enquanto outros não dependem da atuação de outrem para seu exercício. Os primeiros são aqueles direitos a uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, são os direitos subjetivos. Os segundos são declarações unilaterais de vontade que alteram a situação jurídica de outrem, chamados direitos potestativos. Assim, somente os primeiros, os direitos a uma prestação, estão sujeitos a prescrição, que atinge a pretensão de exigir tais direitos subjetivos. Os segundos – potestativos – são atingidos pela decadência (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 592)<sup>11</sup>.

Apesar da vontade humana não poder alterar o prazo prescricional, este pode ser impedido, suspenso ou interrompido nas hipóteses legais. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017, p. 594) esclarecem que “as *causas suspensivas* paralisam, temporariamente, o curso da prescrição, quando já iniciada a fluência do prazo, enquanto as *causas impeditivas* obstam o início do prazo.” As causas suspensivas e impeditivas estão previstas nos artigos 197, 198 e 199 do Código Civil.

O art. 198 traz, em sua redação, o inciso I, nos seguintes termos: “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art.

---

seu art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” (BRASIL, 2002).

<sup>11</sup> Nesse sentido, outra conclusão do Prof. Agnelo Amorim Filho: estão sujeitas à prescrição as pretensões condenatórias; ao contrário, estão sujeitas à decadência as pretensões constitutivas (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 592).



3º;" (BRASIL, 2002). Não corre, assim, a prescrição contra os absolutamente incapazes, sendo tal norma aplicada como causa impeditiva – antes de iniciado o prazo – e como causa suspensiva – após iniciado o prazo.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os incapazes do art. 3º são os menores de 16 (dezesesseis) anos. Pela literalidade na norma, apenas os menores de 16 anos estariam cobertos pelas causas impeditivas e suspensivas da prescrição, por força do art. 198, I, Código Civil. Assim, é evidente que uma pessoa que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, por exemplo, estaria fora das causas impeditivas/suspensivas, correndo prazo contra ela, mesmo não tendo condições de agir ou exprimir sua vontade. Do mesmo modo, correm também os prazos decadenciais, por força do art. 208 do Código Civil<sup>12</sup>. O ponto é problemático, sendo o objeto do presente trabalho. No tópico a seguir, analisar-se-á a proposta de reforma legislativa da VIII Jornada de Direito Civil para suprir as incoerências envolvendo a questão.

## **5. O enunciado da proposta de reforma legislativa da VIII Jornada de Direito Civil**

A Jornada de Direito Civil é organizada e realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho de Justiça Federal (CJF), que reúne professores e diversos profissionais da área jurídica com a finalidade de aprovar e publicar enunciados, que vão ser utilizados como indicativos para interpretação de dispositivos do Código Civil.

A VIII Jornada de Direito Civil foi encerrada no dia 27 de abril de 2018, com a aprovação de 32 enunciados e uma proposta de reforma legislativa. O enunciado de reforma legislativa aprovado e publicado pela VIII Jornada de Direito Civil assim propõe: "Art. 198: Contra os incapazes de que trata o art. 3º e contra aqueles que não possam, por causa transitória ou permanente, exprimir sua vontade".

Em realidade, é de suma importância a discussão que envolve tal enunciado, uma vez que, com a superveniência do Estatuto da pessoa com deficiência, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade passaram da incapacidade absoluta para a relativa; figurando, atualmente, como relativamente incapazes, conforme dispõe o artigo 4º, III, CC/02, como já exposto.

Muito além da discussão sobre as incoerências técnicas advindas com a modificação do grau de incapacidade das pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, adverte-se que, com a mudança, essas pessoas passaram a não ter mais a proteção das causas impeditivas unilaterais de prazo prescricional, pois, no que tange à

---

<sup>12</sup> "Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I." (BRASIL, 2002).

incapacidade, apenas os absolutamente incapazes possuem tal proteção, conforme o artigo 198, I, CC/02. Da mesma forma, por força do artigo 208 do CC/02, essas pessoas não estão protegidas contra o prazo decadencial, podendo, em determinados casos, terem seus direitos extintos pelo decurso temporal.

A questão que se levanta é que essas pessoas não podem exprimir suas vontades, de tal forma que não podem propor em juízo ação para ver sua pretensão satisfeita ou garantir seus direitos, correndo o risco de observar sua pretensão ou o próprio direito caducificarem pelo decurso do tempo.

Por serem considerados relativamente incapazes, estes não podem ser representados, e o instituto jurídico da assistência não é capaz de suprir tal situação, uma vez que na incapacidade relativa, é o próprio incapaz quem realiza os atos da vida civil, com a condição de estarem assistidos por uma pessoa que irá ratificar tal ato ou, na falta da assistência durante a realização do negócio jurídico, por uma confirmação posterior que ratifique o ato do incapaz, conforme artigo 172 do CC/02. Contudo, destaca-se que a pessoa não está em condições de exprimir sua vontade, razão pela qual não há declaração de vontade a ser ratificada.

Atenta-se, mais uma vez, ao clássico exemplo da pessoa que se encontra em estado de coma. Imagine uma situação em que uma pessoa A realiza um negócio jurídico com a pessoa B, ambas plenamente capazes durante a realização do ato jurídico, e que, em dado momento, a pessoa A observa um vício do negócio jurídico, mas antes de propor a devida ação desconstitutiva para anulação do ato celebrado, sofre um acidente e entra em estado de coma. A solução dada pelo ordenamento jurídico, com vigor da Lei n. 13.146/2015, é que a pessoa em coma se encontra em situação de incapacidade relativa, mas o prazo decadencial continua a correr contra ela. Ora, se a pessoa não tem como externar sua vontade, por uma causa transitória ou permanente, como o ordenamento jurídico pode permitir que prazo prescricional ou decadencial corra contra essas pessoas, sem a proteção das causas impeditivas e suspensivas?

O assistente não possui legitimidade para agir em nome e nos interesses do relativamente incapaz. Estas características são exclusivamente do representante, situação que se enquadra na incapacidade absoluta. O absolutamente incapaz é representado nos atos da vida civil, de tal sorte que ele não participa diretamente, pois é o seu representante quem age em nome e nos interesses do incapaz.

Buscando amenizar, desta forma, o abalo provocado pela superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que tange à mudança daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade de absolutamente para relativamente incapaz, a VIII Jornada de Direito Civil aprovou e publicou o enunciado de proposta de reforma legislativa para

incluir essas pessoas nas causas impeditivas e suspensivas unilaterais de prazos prescricionais.

Observa-se, desta forma, um esforço doutrinário para buscar a melhor solução para a problemática trazida, sem, contudo, reformular dispositivos modificados pela Lei n. 13.146/2015. Em outras palavras, é positivo o movimento doutrinário para (re) incluir as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade nas causas impeditivas e suspensivas da prescrição; contudo, tal solução não é o suficiente para esclarecer e corrigir as incoerências técnicas que advêm da teoria da incapacidade, como já explanado anteriormente.

Destaca-se, ademais, parte da doutrina que defende a aplicação da teoria *contra non valentem agere non currit praescriptio* que, em apertada síntese, aduz que contra as pessoas que não podem agir, não se corre o prazo prescricional. Defendem, em última análise, que o rol descrito nas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas de prazos prescricionais são meramente exemplificativos. Assim defendem Cristiano Chaves de Farias, Rogério Cunha e Ronaldo Pinto, segundo os quais "Se o seu comportamento revela, de fato, uma absoluta impossibilidade de exercício da pretensão, deve se admitir uma ampliação do rol previsto em lei" (2016, p. 317).

A teoria é de interessante teor, com possibilidade de ampla análise qualitativa a ser discutida em um trabalho a parte; contudo, não parece a corrente adotada pela VIII Jornada de Direito Civil. Primeiro, pois seria plenamente possível à Jornada de Direito Civil aprovar e publicar um enunciado que deixe explícita a teoria adotada pelo dispositivo, a exemplo do enunciado 12 do CJF<sup>13</sup>. Segundo, que não haveria necessidade de aprovar e publicar um enunciado de proposta de reforma legislativa se a teoria majoritária adotada fosse a *contra non valentem agere non currit praescriptio*, pois tal tese abarca uma ampla possibilidade de se incluírem situações impeditivas, suspensivas e interruptivas que não estão previstas em lei; ao passo que a proposta do enunciado só se restringe a incluir aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade como causa impeditiva e suspensiva unilateral.

É possível concluir, desta forma, que a VIII Jornada de Direito Civil ponderou pela adoção da segurança jurídica das relações. Nada obsta, contudo, a adoção de uma ou outra corrente doutrinária, uma vez que enunciados das Jornadas de Direito Civil são meros norteadores interpretativos dos dispositivos em análise, não tendo as forças persuasivas das Súmulas. Contudo, tanto em uma teoria, quanto em outra, ambas não são capazes de suprir a incoerência fático-jurídica que advêm da própria teoria da incapacidade, no que se refere à assistência de uma pessoa que não consegue exprimir a sua vontade. Melhor

---

<sup>13</sup> Enunciado 12 do CJF: "na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança" (grifo nosso)

era o posicionamento anterior à superveniência do Estatuto da pessoa com deficiência que entendia aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

## **6. Conclusão**

Não se nega, no presente trabalho, a importância da criação da Lei n. 13.146/2015 ao instituir a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). O trabalho possuiu como escopo a análise de uma única mudança realizada pelo Estatuto, qual seja a modificação para a incapacidade relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Tal alteração retirou destas pessoas a proteção das causas impeditivas unilaterais de prescrição, o que não pode ser permitido pelo ordenamento jurídico.

Não se pode permitir que prazo prescricional ou decadencial corra contra essas pessoas, pois elas não podem externar suas vontades e nem são representadas para a prática dos atos da vida civil, estando, desta forma, totalmente desprotegidas pelo decurso do tempo, a justificar, assim, o esforço doutrinário para solucionar tal problema, com a criação, inclusive, do Enunciado de proposta de reforma legislativa, da VIII Jornada de Direito Civil, para acrescentar às causas impeditivas e suspensivas unilaterais de prescrição, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, juntamente com a incapacidade absoluta.

Observa-se que o enunciado de proposta de reforma legislativa é uma iniciativa doutrinária para corrigir uma falha que adveio da superveniência da Lei n. 13.146/2015. A proposta, na realidade, busca apenas fazer um remendo em uma das incoerências ocasionadas, não sendo o suficiente, contudo, para reparar imperfeições técnico-jurídicas referentes a toda a teoria da incapacidade civil. Não se explica como um assistente poderia atuar sem que haja manifestação volitiva do relativamente incapaz que está impossibilitado de declarar sua vontade, e sem que se transforme em uma possível representação. O Enunciado não dá conta de definir, ainda, como que uma pessoa que não consegue exprimir sua vontade, de forma permanente, seria capaz de praticar certos atos da vida civil pessoalmente, como define a incapacidade relativa.

De certo é que, não poderia ter ocorrido tal mudança. Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade nunca deveriam ter saído das hipóteses de incapacidade absoluta; até porque é difícil entender o que motivou o legislador a propor e aprovar tal modificação.

Desta forma, na atual conjuntura, melhor seria revogar a alteração da incapacidade relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e realocá-los para a incapacidade absoluta. Proporcionaria solução para as incongruências técnico-jurídicas da teoria da

incapacidade, bem como voltaria a integrar as causas impeditivas e suspensivas da prescrição e, conseqüentemente, da decadência<sup>14</sup>. Por fim, em nada afetaria o trabalho e o esforço de inclusão social e cidadania e a promoção, em condições de igualdade, do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência que se busca com a Lei n. 13.146/2015.

## Referências

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: Introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor. **Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis**. In: Heloisa Helena Barboza; Bruna Lima de Mendonça; Vitor de Azevedo Almeida Junior. (Org.). O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência. 1.ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, v. 1.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL, LEI N.º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil é finalizada no CJF com aprovação de 33 enunciados**, 30 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/abril/viii-jornada-de-direito-civil-e-finalizada-no-cjf-com-aprovacao-de-33-enunciados>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007).

**Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008 – decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4. ed., rev. e atual. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011. Disponível em: <[http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convenc\\_aopessoacomdeficiencia.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convenc_aopessoacomdeficiencia.pdf)>. Acesso em: 22 de julho de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves de; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

---

<sup>14</sup> Em consequência do artigo 208 do CC/02.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

FARIAS, Criatiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte geral e LINDB. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## **Dossiê Mulher 2018: A violência de gênero em números na região Sul Fluminense.**

Arianne de Souza Mendonça Barbosa<sup>1</sup>;  
Natália de Barros Loio Miguel<sup>2</sup>.

### **Resumo:**

Este artigo tem a finalidade de promover a análise de dados do Dossiê Mulher 2018, elaborado pelo Instituto de Segurança Pública (ISP) do Rio de Janeiro, com foco na região Sul Fluminense, com o intuito de analisar a violência contra mulher, que ainda é uma triste realidade na sociedade brasileira. Além de examinar os dados, realiza-se breve estudo acerca das causas dessa violência e das leis sobre a matéria no Brasil.

### **Palavras-chave:**

Mulher- Direitos Humanos- Violência de Gênero- Lei Maria da Penha- Femicídio.

---

1Graduanda do Curso de Direito UFF/VR. Pesquisadora e Membro da Liga Acadêmica de Estudantes do Curso de Direito UFF/VR. Email: arianne\_barbosa@id.uff.br

2Graduanda do Curso de Direito UFF/VR. Pesquisadora e Membro da Liga Acadêmica de Estudantes do Curso de Direito UFF/VR. Email: natalia.loio35@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8653548509491353>.

## 1. Introdução

A mulher sempre foi colocada em segundo plano, e conseqüentemente não havia direitos que assegurassem sua condição de pertencer ao sexo feminino, uma vez que o casamento era visto como um contrato e a mesma era tratada como uma espécie de posse, na qual todas as despesas e cuidados que o pai tinha até que ela se cassasse eram herdadas pelo futuro marido que deveria trabalhar fora, a fim de manter o sustento da casa, pagando todas as contas e as despesas com os filhos e a mulher, enquanto ela seria responsável por cuidar da educação das crianças e da organização do lar.

Isso tudo acontecia com uma sociedade enraizada pelo machismo e pelo patriarcado, na qual as moças sempre eram vistas como meros objetos, a fim de satisfazer as vontades masculinas, de gerar e cuidar de seus filhos, desde educação às vestimentas. Em contrapartida, seus esposos se achavam no direito de tratá-las à sua maneira. Ou seja, o marido poderia tratar sua esposa com zelo e carinho, mas também poderia agredi-la de todas as formas, caso não estivesse satisfeito com algo, ratificando mais uma vez, a superioridade masculina, em detrimento da feminina.

No que tange ao mundo jurídico, a situação não era muito diferente. Dede o Direito Romano que a mulher era secundarizada ou vista somente como objeto de posse do casamento e com isso, a mesma não possuía personalidade jurídica. Já no século XX, com o advento do Código Civil de 1916 que manteve os princípios conservadores já existentes na legislação brasileira, ajudou a reforçar o poder do homem sobre a mulher em vários de seus dispositivos, como por exemplo, o art. 240 que colocava a mulher em uma situação hierarquicamente inferior a do homem ou o art. 242, no qual a mulher não poderia realizar alguns atos sem a autorização do marido.

Além da legislação civil, a penal também ajudou na manutenção de todo esse cenário discriminatório para elas, como por exemplo, com a inserção do termo mulher honesta, segundo o qual, a lei só protegeria a mulher contra o crime de atentado ao pudor, caso fosse considerada honrada, algo que não protegeria, por exemplo, uma mãe solteira ou divorciada, pois eram situações inconcebíveis na época, sem mencionar os crimes contra o costume, que eram extintos quando a moça, após sofrer abusos sexuais, se casava com seu agressor, livrando o homem da imputabilidade penal e forçando a mulher a viver com aquele que a violentou. Inclusive era uma prática muito incentivada pelos magistrados que aconselhavam as famílias a recorrer ao casamento com o ofensor, a fim de evitar desonras ou qualquer tipo de estigma para a vítima.

Essa série de descaso e abandono que o gênero feminino sofreu ao longo dos séculos fez surgir o conceito de violência doméstica que seria pode ser definida como a agressão explícita ou velada, praticada dentro da casa ou no âmbito familiar ente indivíduos unidos por parentesco civil ou natural, a fim de que essa situação de inferioridade da mulher deixasse de existir. Ou seja, tudo aquilo que era velado ou dado pouca importância começou a ganhar destaque



em todos os âmbitos da sociedade e, conseqüentemente no mundo jurídico isso também aconteceu.

Sendo assim, essa série de legislações supracitadas foram corrigidas ao longo do tempo e as mulheres passaram a ser resguardadas, pela Constituição, Código Civil e Penal que passaram a colocar homens e mulheres em uma situação de igualdade. Isso foi possível também nas legislações penais específicas que passaram a tutelar os direitos para as mulheres e a punir possíveis violações que venham a ocorrer, mas principalmente, o grande marco nessa conquista de direitos, foi o advento de uma lei que pune a violência doméstica familiar, a Lei. nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Além dela, em 2015, surge a Lei nº 13.104/15 que inseriu o inciso VI no art. 121º do Código Penal, ao acrescentar o crime de feminicídio no rol de qualificadoras do homicídio, criando, dessa forma, mais uma garantia de proteção para o sexo feminino.

Nessa perspectiva é necessário analisar que essas conquistas legislativas foram de grande relevância para as mulheres, pois, a partir do contexto histórico analisado e também, pelos dados estatísticos, a violência é um cenário existente e preocupante na sociedade brasileira. Só na região Sul Fluminense do Rio de Janeiro que foi o direcionamento do estudo, somente no ano de 2017, ocorreram 1.403 delitos. Isso mostra a importância da criação dessas leis e também que, embora elas existam, ainda há desafios que precisam ser vencidos, a fim de que essa situação seja cada vez mais combatida no seio da sociedade brasileira.

## **2. Expressões da violência de gênero**

A violência pode ser observada de diversas maneiras. Quando tratamos de violência de gênero, é possível observar que esta apresenta algumas espécies mais recorrentes de situações hostis que ajudam na sua caracterização. Assim, a fim de ser possível um estudo mais crítico da matéria, é necessário não apenas entender quais são os meios utilizados para perpetuar essas agressões, mas também quem são suas vítimas e seus agressores, no intuito de abordar todos os aspectos que culminaram no ato de violência em si e na forma de extinguir ou diminuir a perpetuação desse tipo de conduta.

Uma das maiores dificuldades nessa modalidade de estudo consiste na falta de denúncias formais das vítimas aos órgãos que competem à investigação criminal, o que gera um déficit nas informações sobre a violência de gênero. Esse fato dificulta ainda mais uma definição real dos contornos dessa modalidade violência, no Brasil, uma vez que não são todos os atos que integram os dados oficiais, sendo assim possível ter apenas uma estimativa do que acontece na realidade.

A primeira corrente para definir o que é violência de gênero no Brasil surgiu na década de 1980, através dos textos da autora Marilena Chauí, que

introduziu no cenário acadêmico a discussão do assunto no seu texto "Participando do Debate sobre Mulher e Violência". (SANTOS; IZUMINO, 2005). A partir dessa ideia foi possível perceber a predominância da corrente que afirma que a violência advém da Dominação Masculina, ou seja, a objetificação da mulher perante uma eminente e manipulada superioridade masculina, fruto da cultura que define a mulher como ser que tem deveres para com a sociedade, como por exemplo, o da maternidade, e dessa forma, não sendo considerada como um ser de direitos, figurando, por vezes, a mulher em um papel similar ao de cúmplice da violência. (CHAUÍ apud SANTOS; IZUMINO, 2005 p.149.)

Mais tarde, já entrando na década de 1990, apresenta-se a teoria do Patriarcado, tendo como principal nome, a autora: Heleieth Saffioti. Essa corrente tem como grandes pilares, os ensinamentos acerca do feminismo, em conjunto com o marxismo, afirmando que a dominação masculina é originária, principalmente do sistema capitalista e do próprio racismo que sempre estiveram presentes em nossa sociedade (SANTOS; IZUMINO, 2005). A teoria afirma que: os mais privilegiados, ou seja, homens brancos e com alto poder aquisitivo são aqueles que exercem a dominação efetiva das mulheres e sendo assim, encaram essa situação de forma natural e inerente a sua condição (SAFFIOTI apud SANTOS; IZUMINO, 2005 p.150).

Diferentemente de Chauí, Saffioti não trata a mulher como cúmplice da violência, isso porque o gênero feminino não teria poder suficiente para poder aceitar a violência, ou seja, a violência existe conforme a construção social que foi dada a ela ao longo do tempo, e por isso ela não consegue resistir. Sendo assim, a mulher, na visão de Heleieth Saffioti não pode ser vista como cúmplice da violência, mas apenas como vítima. (SAFFIOTI apud SANTOS; IZUMINO, 2005 p.150).

Apesar de serem revolucionários ao seu tempo, ambos os estudos têm suas limitações, principalmente no que tange a generalização de conceitos. Por isso, por muito tempo as duas correntes foram usadas de forma complementar, somente para análise dos casos específicos de dados públicos sobre a violência de gênero. Assim, surge uma terceira corrente de análise das situações de violência de gênero, que visa relativizar a visão da dominação-vitimização das relações. Isso se faz necessário, sobretudo ao analisar os casos concretos, e com isso, ser possível observar, principalmente, baseado nos estudos de Maria Filomena Gregori, que apontou sobre os possíveis malefícios da aplicação dessa visão, principalmente no campo jurídico:

"Existe alguma coisa que recorta a questão da violência contra as mulheres que não está sendo considerada quando ela é lida apenas como ação criminosa e que exige punição, [...] os relacionamentos conjugais são de parceria e que a violência pode ser também uma forma de comunicação, ainda que perversa, entre parceiros". (GREGORI apud SANTOS; IZUMINO, 2005 p.152).

A teoria da Gregori também apresenta diversas ressalvas, especificamente por não reconhecer a disparidade social que existe dentro das relações, e por generalizar os significados de queixa (para autora pode existir queixa em um nível particular e não apenas a feita em uma delegacia para autoridade pública competente). Mesmo com essa particularidade no significado de queixa, seus estudos podem ser considerados como de grande relevância, principalmente no âmbito da terceira corrente sobre a matéria. (SANTOS; IZUMINO, 2005).

### **3. Os diferentes tipos de violência**

Nesse contexto é importante ressaltar que não existe apenas um tipo de violência de gênero dentro da nossa sociedade. Por meio das estatísticas, foi possível perceber que a maioria das modalidades de violência ocorre no âmbito doméstico, entretanto não é exclusiva. Existem diversas maneiras de classificar os tipos de agressão, mas existe uma divisão geral em cinco grandes grupos: as físicas, sexuais, psicológicas, morais, e a patrimonial.

Um primeiro ponto antes de abordar as legislações específicas, no que tange à questão da violência contra a mulher, é necessário levar em conta, a importância que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trouxe de benefício e proteção para o gênero feminino, especificamente.

Promulgada em 05 de outubro de 1988, o novo texto Constitucional trouxe uma série de direitos: sociais, econômicos, políticos, mas principalmente, assegurou direitos às mulheres que sempre foram postas em segundo plano. Nas palavras de (BARRETO, 2010):

“Os direitos humanos, durante muito tempo, trataram a questão das mulheres de forma secundária, como se seus direitos, lutas e conquistas estivessem atrelados aos direitos do homem. O homem sempre foi o paradigma dos direitos humanos de toda humanidade, como se não existissem outros paradigmas ou setores sociais mais vulneráveis”.

E essas conquistas foram possíveis graças à participação ativa do Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CDMN), através do movimento do lobby do batom, a fim de que houvesse igualdade formal entre ambos os sexos. Isso “significou no âmbito do plano jurídico nacional um marco legislativo no tocante aos direitos das mulheres e à ampliação de sua cidadania, pois possibilitou que históricas demandas feministas fossem convertidas em normas constitucionais”. (LIMA, 2016, p.6).

Sendo assim, com a promulgação do texto Constitucional é assegurado à igualdade entre os sexos, no art. 5º, I; além disso, é vedada a diferenciação de

salários, de exercício de funções e da adoção do critério de admissão, levando em consideração: idade, sexo, cor ou estado civil, vide art. 7º, XXX; além da igualdade nas relações da família, conforme o art. 226 §5º e por fim, o art. 226 §8º que trata da assistência concedida às famílias pelo Estado, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Ou seja, a carta Constitucional foi de suma importância, na concessão de direitos humanos para as mulheres, que por muito tempo foram colocadas em segundo plano, já que o "homem sempre foi o paradigma dos direitos humanos de toda a humanidade, como se não existissem outros paradigmas ou outros setores mais vulneráveis". (BARRETO, 2010).

Já no que diz respeito às legislações específicas sobre a temática, deve ser abordado em um primeiro momento, a Lei Maria da Penha, conhecida como Lei nº 11.340/06. A mesma surge devido à ineficiência que a Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis Criminais- Jecrim) no que se refere à questão da violência doméstico-familiar, uma vez que a temática era muito mais complexa, em relação à forma como foi estruturada e aplicada pela mesma. A partir dessa Lei, que não foi pensada para ter como foco central a violência contra a mulher, novo tratamento e procedimento foram dados a esses casos. Esses delitos passaram a ser denominados de infrações de menor potencial ofensivo, sujeitos a regras mais simples e rápidas de solução. Por isso esse ponto da legislação teve que ser revisado e enquadrado em outra lei que tratasse especificamente do tema da violência contra o sexo feminino.

Principalmente, por conta das falhas advindas da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já existia uma movimentação no Legislativo, mesmo que discreta, acerca de uma norma que tratasse de forma mais específica do tema. Entretanto, foi à luta de Maria da Penha Fernandes, no âmbito nacional, em conjunto com órgãos de defesa dos direitos humanos, que possibilitaram que as agressões cometidas contra ela por seu marido durante anos, não ficassem mais impunes. Após o Brasil ter sido condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, por negligência e omissão pelo caso de Maria da Penha, o processo legislativo para a promulgação de uma lei que assegurasse proteção às mulheres foi adiantado, entrando em vigor a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha- LMP), no dia 07 de agosto de 2006.

A lei, em seu art. 5º traz o conceito de violência doméstica, baseada no gênero, além de um rol exemplificativo de quais esferas a mesma pode acontecer:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".

Houve também a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, no âmbito civil e criminal (art. 14º LMP); criação do atendimento multidisciplinar (artigos. 29 a 32 LMP), que conta com equipes que intervêm judicial e extrajudicialmente, nas questões da violência doméstico-familiar. Essas intervenções acontecem, por meio de um aparato: psicológico, social, jurídico médico, a fim de subsidiar a atuação dos juízes, promotores de justiça, advogados e defensores públicos, muitas vezes, problematizando as relações hierárquicas de gênero, para que o caso tenha a atenção que merece, além de garantir o máximo de proteção para a vítima. Outro ponto a se destacar é o da criação de medidas protetivas de urgência (artigos. 20º a 24º da LMP) que:

"São consideradas medidas cautelares, diversas da prisão, voltadas à proteção da mulher em situação de violência. É um dos grandes avanços da LMP e visa garantir a integridade física e psicológica da mulher em situação de risco durante (e até mesmo antes) do processo". (p.44). (SENADO FEDERAL)

Ainda, como maneira de suprir as deficiências dos procedimentos dos casos envolvendo as violências: doméstica e de gênero, a Lei Maria da Penha alterou dispositivos do Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, no âmbito do procedimento. Mas atualmente, o dispositivo sofreu outras mudanças, como por exemplo, com o advento da Lei 13.721, de 03 de outubro de 2018, que prevê prioridade na realização dos exames de corpo de delito em violência doméstica e familiar contra mulher, promovendo assim, um processo mais ágil e com possibilidade de ser resolvido. Com tudo, é necessário um estudo mais detalhado sobre quais os tipos de violência que são tutelados por esses instrumentos.

A violência física pode se configurar pela violação da integridade física da vítima, ou seja, costuma ser o tipo de violência mais visível ao terceiro não

envolvido na relação. Pode envolver violência física direta (tapas, socos, chutes, entre outros), mas também pode ser efetivada com uso de armas perfurantes ou até mesmo com armas de fogo (MORAES; MANSO, 2018). Essa modalidade de violência consta no capítulo I, do título I, do Código Penal Brasileiro, ou seja, é tipificada na modalidade dos crimes contra a vida.

Outra legislação criada, principalmente para combater especificamente a violência de gênero, foi a Lei do Femicídio, promulgada em 09 de março de 2015, incluindo uma nova qualificadora no crime de homicídio:

Art. 121. Matar alguém:  
[...]  
Homicídio qualificado  
§ 2º Se o homicídio é cometido: [...]  
Feminicídio  
VI - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;  
[...]  
Pena - reclusão, de doze a trinta anos.  
[...]  
§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:  
I - Violência doméstica e familiar;  
II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A publicação dessa alteração na legislação, demonstra que o país está indo de acordo com uma tendência da América Latina de combater as violências de gênero. O processo de tipificação da lei no Brasil foi complexo, mas não foi demorado, pois do período que compreende a apresentação do projeto de lei pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) e sua publicação, passaram-se apenas dois anos, apesar de anos de estudos, que antecederam o projeto de lei em si.

Para (CAMPOS 2015, p.105):

“A categoria femicídio/feminicídio é oriunda da teoria feminista. O termo femicídio (femicide) é atribuído a Diana Russel, que em 1976 o utilizou para referir a morte de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres como uma alternativa feminista ao termo homicídio que invisibiliza aquele crime letal. Portanto, inicialmente o termo foi concebido como um contraponto à neutralidade do termo homicídio. Posteriormente, é redefinido por Jane Caputti e Diana Russel (1990) como o fim extremo de um continuum de terror contra as mulheres que inclui uma variedade de abusos físicos e

psicológicos, tais como o estupro, a tortura, a escravidão sexual (particularmente a prostituição), o incesto, o abuso sexual contra crianças, agressão física e sexual, operações ginecológicas desnecessárias, assédio sexual, mutilação genital, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (pela criminalização do aborto), cirurgia cosmética e outras cirurgias em nome da beleza. Qualquer dessas formas de terrorismo que resultem em morte será feticídio. O feticídio aparece então, como o extremo de um padrão sistemático de violência, universal e estrutural, fundamentado no poder patriarcal das sociedades ocidentais."

Apensar de nova, a legislação é fundamental para tornar visível esse tipo criminal e penalizar essa prática comum em uma sociedade que ainda hoje pode ser caracterizada como machista. Por se tratar de uma legislatura nova, não existem ainda muitas estatísticas sobre sua efetividade, porém a matéria já é aplicada desde sua entrada em vigor e sendo também, alvo de diversos estudos jurídico-científico para comprovar e aprimorar sua eficiência.

Já no que diz respeito à violência sexual esta pode ser conceituada como: todas as formas que promovem a violação da integridade feminina através do contato de natureza sexual. Ela pode existir tanto na modalidade tentada, como na consumada, sendo tipificada na legislação brasileira no Código Penal em seu título VI (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual). Essa modalidade de agressão também viola a integridade física da mulher, na maioria das vezes, tendo em vista, principalmente, os padrões morais arraigados na sociedade brasileira. E com isso, grande parte das vítimas sente vergonha de denunciar os atos, o que faz com que essa modalidade, muitas vezes permaneça sem a devida punição, por conta da vergonha ou do medo de julgamento que a vítima sente (MORAES; MANSO, 2018).

Em 24 de setembro de 2018, em conformidade com os avanços da proteção da dignidade sexual feminina, foi publicada a Lei 13.718 que altera o Título VI, Capítulos II e IV do Código Penal, que adicionou ao rol de crimes: a importunação sexual (art. 217º-a) e a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável /de cena de sexo ou de pornografia (art. 218º-c), e ainda prevê majoração da pena, nos casos supracitados se os atos forem praticados por mais de um agente, ou se tiverem cunho corretivo, ainda, se ocasionarem em gravidez ou ainda, se resultarem em transmissão de doenças venéreas. Essas novas modalidades suprem demandas relativas, principalmente, no que diz respeito à modalidade de violência sexual, que ainda era vista como contravenção penal, tornando assim mais simples a tipificação e punição dos envolvidos.

Ainda, há que mencionar a violência psicológica que pode ser considerada como uma das formas mais silenciosas de violência. A mesma é de difícil caracterização, pois acontece de maneira velada e continua pelo agressor no intuito “degradar ou controlar as ações da mulher, causando-lhe dano emocional e diminuição da sua autoestima” (MORAES; MANSO, 2018 p. 66). Outro desafio que é enfrentado quando se trata de agressão psicológica é a falta de uma legislação específica sobre a matéria, ou seja, esse crime tem um enquadramento complicado, uma vez que depende de algum outro tipo para ser conceituado. Assim, mesmo observando que às vezes, a violência psicológica não seja um crime em espécie, ou seja, não tem um tipo penal próprio, é importante frisar que essa modalidade de violência é tão grave quanto os outros tipos de agressão.

Já no que diz respeito à violência moral, a mesma está relacionada aos tipos penais de: Calúnia, Difamação e Injúria, encontrada nos artigos: 138º, 139º e 140º do Código Penal, respectivamente. É uma das modalidades que encontra maior facilidade para ser perpetuado, pois além do âmbito doméstico tradicional, que pode ser feita, por exemplo, pelo companheiro ou até mesmo por um parente. Entretanto, atualmente com as ferramentas online, mas especificamente com o advento das redes sociais, surge uma nova face dessa espécie de agressão, que pode ser mais rápida e fácil de surtir efeitos (MORAES; MANSO, 2018).

Nessa classificação, o último tipo de violência é a patrimonial, que é uma das modalidades menos difundida, seja na criação de mecanismos para coibir sua forma, seja na questão de punibilidade dos agressores. Isso se deve em grande aos estudos sobre essa matéria que são menores, em relação às demais formas de violência, pois esta costuma estar inserida dentro das outras modalidades existentes. A violência patrimonial consiste na agressão dos bens físicos das mulheres que podem ser: degradados ou subtraídos, como forma de chantagem para manter o relacionamento, quando essa manifesta a vontade de, por exemplo, por fim ao relacionamento (MORAES; MANSO, 2018).

#### **4. Desafios para aplicação dos mecanismo de proteção à mulher**

Alguns magistrados e doutrinadores consideram os dispositivos normativos relativos a essa matéria como “inconstitucional, pois violaria a igualdade entre homens e mulheres, já que, não há uma lei específica para a violência contra os homens” (RAMALHO, 2017). Outros a consideram como severa demais. Esses primeiros pontos deixam evidente, que o pensamento machista ainda permeia na mente de alguns aplicadores do Direito, uma vez que, se trata de um assunto mal resolvido em terras brasileiras. Vale destacar ainda, que o machismo ainda permeia por toda a sociedade, o que possibilita que esses casos de violência continuem a ocorrer, mesmo com a vigência dessas leis específicas.



Além disso, as crenças patriarcais, de que a mulher seria propriedade do homem e que este teria domínio total sobre aquela, permitem que muitos companheiros agridam suas companheiras, a fim de discipliná-las, ou para coibir determinado comportamento. Existe também um desafio cultural, nas palavras de Ramalho (2017): "nas faculdades de Direito ainda há uma visão ultrapassada, uma formação disciplinar antiquada, que não tem atendido às demandas e mudanças da sociedade". Ou seja, o que deve acontecer é:

"Uma formação técnica específica, a fim de garantir aos operadores do direito a compreensão das relações de desigualdade de gênero e das estruturas simbólicas patriarcais na sociedade brasileira. Do contrário, não será possível vislumbrar que a Lei Maria da Penha seja efetivada na proteção da mulher brasileira vítima de violência doméstica" (PASSOS; SAUAIA, 2016, p.145)

Outro ponto conflitante entre teoria e prática diz respeito às medidas protetivas, asseguradas pela Lei Maria da Penha (artigos 22º a 24º da Lei nº 11.340/06). É notório que, muitas vezes, elas só têm valor simbólico, pois na prática, muitas mulheres continuam a ser agredidas, quando não assassinadas de forma brutal, mesmo solicitando as medidas protetivas. Isso pode ser explicado, principalmente pela mentalidade das autoridades que na maioria dos casos costumam acreditar que a violência contra a mulher é algo tão sério assim, dando pouca importância à queixa e não providenciando as medidas que poderiam salvá-las de mais agressões e até mesmo da morte.

Por fim, fica claro que:

"A entrada em vigor de uma norma jurídica, por si só, não tem o condão de mudar a realidade social, fazendo-se indispensável à atuação dos agentes estatais na interpretação e aplicação da lei, a fim de assegurar a vontade do legislador, combatendo as manifestações da desigualdade de gênero e todas as formas de violência contra a mulher" (PASSOS; SAUAIA, 2016, p.145).

O que deve ser feito é tentar romper com os estereótipos que foram enraizados em toda a sociedade, tento em vista a cultura brasileira que pode ser caracterizada como: androcêntrica, patriarcal, machista, que sempre colocaram as mulheres em segundo plano.

Essa ruptura deve ocorrer também no plano institucional, pois muitas vezes, essa visão que foi naturalizada no meio social dificulta que o operador do direito aplique a lei conforme a realidade concreta, pois na maioria das vezes, suas opiniões pessoais superam o cuidado e responsabilidade que os casos que envolvem a violência de gênero merecem. E para embasar o ponto descrito

acima, faz-se necessário analisar os dados do ano de 2017 do Dossiê Mulher 2018.

## 5. Dossiê mulher

O Dossiê Mulher foi criado em 2005 pelo Instituto de Segurança Pública (ISP) do Rio de Janeiro, a fim de dar continuidade ao Programa de Qualificação Estatística, se restringindo, em um primeiro momento, aos dados de violência contra a mulher, como forma de especificar o trabalho. Ao longo dos anos, o documento que tem publicação anual, sofreu diversas alterações na forma de apresentação dos dados, inclusive, foi incluída uma plataforma online de análise de dados (TABLEAU), para uma consulta mais interativa dos números. Houve também modificação no que diz respeito aos integrantes do grupo de pesquisa. Na edição 2017, foi realizado, em conjunto com a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro e da ONG Cidadania Estudo Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), que:

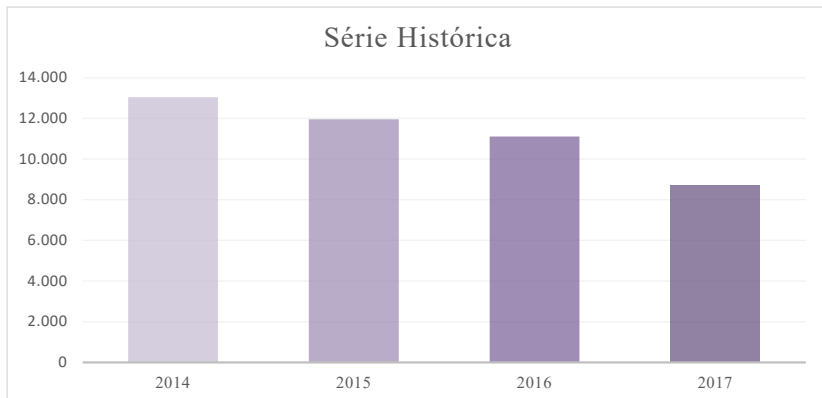
“É uma organização não governamental, sem fins lucrativos, voltada para a execução de projetos que contribuam para a ampliação e efetivação dos direitos humanos e o fortalecimento da cidadania dos grupos que, na história de nosso país, vêm sendo tradicionalmente excluídos de seu exercício, como as mulheres em sua diversidade”.

Os dados que abaixo serão apresentados foram retirados do Dossiê Mulher. Esse banco de dados leva em consideração, as ocorrências de violência contra a mulher, que foram devidamente denunciadas a Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro. É importante ressaltar, que esses números não representam a realidade concreta das situações de violência de gênero, e sim, apenas uma amostragem com base nas denúncias feitas, pois:

“A maior parte dos indicadores analisados no Dossiê Mulher ao longo de todas as suas publicações são crimes contra a pessoa, além de alguns crimes contra o patrimônio praticados em contextos de violência de gênero. Nesse sentido, naturalmente os delitos contra mulheres já sofrem efeitos de subnotificação em razão da própria natureza da violência de gênero, em que questões como medo, pressão familiar, vergonha, afeto, dentre outras, podem fazer com que as vítimas deixem de registrar” (MORAES; MANSO, 2018).

Os dados do ano base 2017 podem ter sofrido algum prejuízo, em decorrência da greve de polícias do estado do Rio de Janeiro, nos três primeiros

meses. No que tange, ao Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2017 foram registrados 111.877 casos de violência contra a mulher. Desse total, 8.714 ocorrências sucederam-se na região Sul Fluminense que compreende as seguintes cidades: Angra dos Reis, Barra do Piraí, Barra Mansa, Itatiaia, Paraty, Pinheiral, Piraí, Porto Real, Quatis, Resende, Rio Claro, Rio das Flores, Três Rios, Valença, Vassouras, Volta Redonda. Isso demonstra que a região apresenta 7,79% dos casos de agressão ao conhecido “sexo frágil”. Em comparação com os anos anteriores, observa-se grande descenso dos números absolutos de violência na região, que em 2014 apresentou cerca de 13.046 casos.



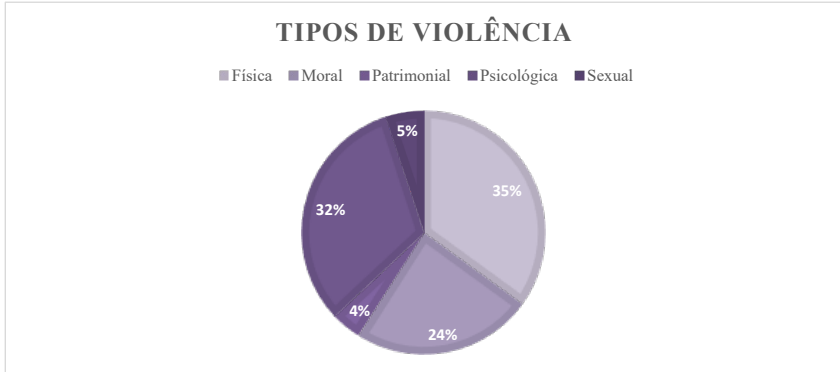
Fonte: Adaptado do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (2018), com base em dados da PCERJ.

Aprofundando ainda mais os dados trazidos pelo Dossiê, foi possível perceber que o estudo foi subdividido, priorizando em um primeiro momento, as análises acerca das formas de violência, quem seriam as mulheres vítimas dessas agressões, os locais de maior incidência, quem seriam os principais autores e qual foi a ferramenta jurídica fundamental enquadrada na tipificação do crime.

Assim, é perceptível que 35% dos casos dizem respeito à violência física; o que representa uma considerável parcela de mulheres da região que já sofreram ou sofrerão alguma forma de agressão física. Outros números estupefacentes referem-se às violências: psicológica (32,1%) e moral (23,7%), que na maioria das vezes podem ser praticadas conjuntamente, apesar de serem duas figuras distintas.

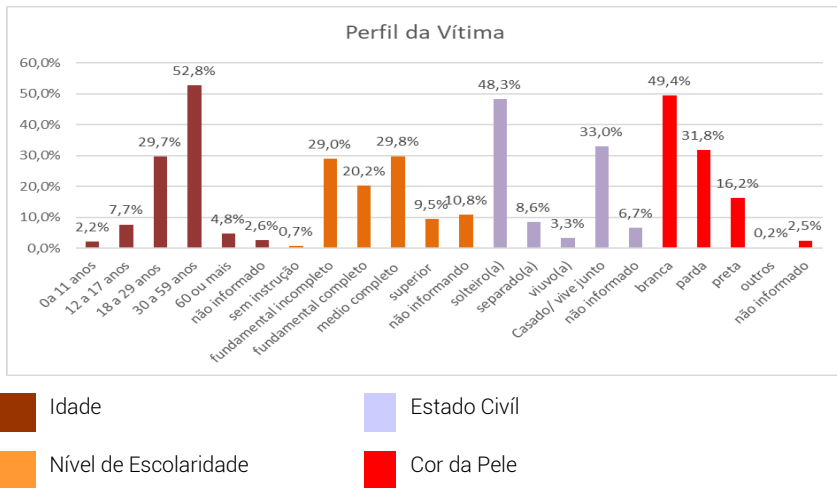
Além disso, a violência moral é tipificada no Código Penal como crime (Capítulo V- Dos Crimes contra a Honra), enquanto que a psicológica não tem sua tipicidade definida em lei. Por fim, faz-se necessário destacar também os índices de violência sexual (4,7%), que tem uma porcentagem baixa,

principalmente pela situação degradante que a mulher é colocada assim que denuncia seu agressor, uma vez que o aparato policial e até mesmo a sociedade não estão preparados ainda para lidar com esses casos que merecem toda cautela necessária.



Fonte: Adaptado do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (2018) com base em dados da PCERJ.

Ao analisar as informações que compõe o documento, foi possível traçar o perfil da vítima. Na maioria das vezes, essas mulheres têm idade entre 30 e 59 anos (52,8%); apresentam nível de escolaridade equivalente ao ensino médio completo (29,8%); além de o seu estado civil ser majoritariamente solteiras (48,3%), e no que diz respeito; a cor/raça são em sua maioria: brancas (49,4%). Vale destacar também que grande parte das agressões acontece no âmbito doméstico (55,8%), sendo realizadas ou por seus companheiros (22,8%), seus ex-companheiros (22,7%) ou por alguém que não tenha nenhuma relação com a vítima (20,9%).



Fonte: Adaptado do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (2018) com base em dados da PCERJ.

Por fim, vale destacar também os tipos de delito que ocorrem com maior frequência: em primeiro lugar a lesão corporal (2.983 casos); seguido da ameaça (2.762 casos), e em terceiro lugar; a injúria (1.771 casos). Ademais, os números apresentam uma discrepância significativa nos meios empregados para a realização do delito, sendo a agressão verbal, a maior porcentagem (57,7%) dos casos registrados, ficando a violência física apenas com (33,3%) das denúncias. No que tange as legislações aplicadas, a lei mais aplicada foi a Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) em 56% das ocorrências.

## 6. Considerações finais

Tendo em vista, a construção social da mulher, colocando-a em segundo plano e de forma objetificada, permitiram que as situações de violência e de desigualdade fossem legitimadas, principalmente pela cultura machista e patriarcal disseminada através dos anos. Com isso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como primeiro marco de positivação de igualdade entre os sexos e as leis infraconstitucionais, como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/15) são de suma importância para tentar modificar essa situação.

Além das leis, é importante frisar a substituição dos conceitos e do papel da mulher no meio social. Antes elas tinham basicamente as funções de cuidar do lar e da educação dos filhos, e também as moças eram totalmente dependentes dos homens para qualquer ato da vida civil. Entretanto, com o desenvolvimento do mundo, essa situação modificou-se. Hoje as mulheres além

de mães e donas de casa, elas também podem trabalhar fora, ajudando nas contas da casa, a possibilidade de se auto sustentarem, ainda, possuem liberdade de escolha reprodutiva, de contrair um matrimônio ou não, ou seja, atualmente o sexo feminino possui sua independência em todas as áreas.

Mesmo com essas mudanças significativas que as mulheres conquistaram nas últimas décadas, ainda existe um preconceito muito forte envolvendo a figura feminina. Estigmatizadas como mais fracas e inferiores, ainda hoje sofrem com disparidade salarial, diminuição de direitos, restrição das liberdades individuais e com a violência, principalmente no âmbito doméstico e familiar. Como forma do desequilíbrio entre homens e mulheres, a que aparece com maior destaque nos meios de comunicação é a questão da violência.

Existem diversas iniciativas para minimizar a violência de gênero, tanto na esfera pública, quanto por meio das Organizações Não-Governamentais (ONG'S). Uma dessas iniciativas foi do Instituto de Segurança Pública (ISP), do Estado do Rio de Janeiro que deu origem ao Dossiê Mulher, que foi um dos objetos do presente artigo. Por meio dele, foi possível mensurar que mesmo com a criação de dispositivos normativos que assegurem a proteção e direitos para as mulheres, na prática esses não são tão efetivos, uma vez que, os números de violência na Região Sul Fluminense continuam altos, mesmo que o Dossiê tenha mostrado que houve considerável redução nos delitos.

Nessa perspectiva, a pesquisa realizada não tem a finalidade de esgotar o tema, mas visa propiciar o debate acerca, da funcionalidade prática das leis que defendem o sexo feminino e de como a violência ainda integra o cenário social do Brasil, fazendo com que a visão estigmatizante imposta à mulher durante séculos, ainda exista e que foi fundamentado com o estudo do Dossiê Mulher 2018, que serviu como plano de fundo para elucidar a questão preocupante dos casos de violência doméstica e familiar que expressam mais uma vez, a necessidade de se discutir essa questão da desigualdade e da cultura machista, que também permeia o conteúdo das normas criadas pelos legisladores, e também, da mentalidade dos operadores do direito, e por fim, de como esses fatores contribuem para que a efetividade que se busca por meio das leis continue tão lenta e gradual.

## **REFERÊNCIAS**

**A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NO PODER JUDICIÁRIO: DESAFIOS À EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA.** Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 35, dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/revfacdir>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Vide Emenda Constitucional nº 91 de 2016. Disponível em:

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. . Rio de Janeiro, RJ, Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. . Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. . Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. . Brasília, DF, Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. . Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.721, de 02 de outubro de 2018. . Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13721.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13721.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, [s.l.], v. 7, n. 1, p.103-115, 7 ago. 2015. EDIPUCRS. <http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2015.1.20275>.

CEPIA (Org.). **Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação**. 1990. Organização não governamental, sem fins lucrativos, voltada para a execução de projetos que contribuam para a ampliação e efetivação dos direitos humanos e o fortalecimento da cidadania dos grupos que, na história de nosso país, vêm sendo tradicionalmente excluídos. Disponível em: <<https://cepia.org.br/a-cepia/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

CÍNTIA; MÔNICA (Org.). **Violência Doméstica**: A violência sofrida por muitas mulheres que na maioria das vezes são sufocadas e acabam sofrendo em silêncio. 2010. Disponível em: <<http://sosviolencia.blogspot.com/2010/03/violencia-definicao-dada-pelo.html>>. Acesso em: 03 out. 2018.

LESSA, Daniele. **Faz dez anos que expressão "mulher honesta" foi retirada do Código Penal**. 2015. Realizada pela Rádio Câmara da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/484154-FAZ-DEZ-ANOS-QUE-EXPRESSAO-MULHER-HONESTA-FOI-RETIRADA-DO-CODIGO-PENAL.html>>. Acesso em: 03 out. 2018.

LIMA, Caroline Araújo Florêncio de. **A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O LOBBY DO BATOM**. 2016. 18 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <<http://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/3293>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MARCOS JÚNIOR. **Constituição de 1988- Sua história e características**: A Constituição de 1988 foi um marco na história da redemocratização do Brasil. Conheça sua história e veja um resumo de seu conteúdo. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/constituicao-de-1988-sua-historia-e-caracteristicas/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete (Org.). **Evolução Histórica da Mulher na Legislação civil**. 2011. Elaborado pela redação Mundo Vestibular. Disponível em: <<https://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

PÚBLICA, Instituto de Segurança. Dossiê Mulher. 2005. Site desenvolvido pelo Instituto de Segurança Pública- ISP. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=48>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RAMALHO, José Ricardo. **Lei Maria da Penha e o Femicídio**: Apesar dos avanços na legislação, a sociedade ainda não absorveu completamente a necessidade de protegermos as mulheres contra a violência. 2017. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.com.br/2017/02/01/lei-maria-da-penha-e-o-femicidio/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

SANTOS, Cecília Macdwell; IZUMINO, WâniaPasinato. **Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil**. E.I.A.L. TelAviv, p. 148-164. 2005. Disponível em: <<http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article/view/482>>. Acesso em: 03 out. 2018.



## Ideologia de gênero nas escolas: uma análise empírica contemporânea

Bruna Pedroso de Oliveira Hernandes<sup>1</sup>  
Stella Mendes de Castro Reis<sup>2</sup>

### Resumo:

Considerando a necessidade de desmistificação do termo “ideologia de gênero”, com o entendimento de que o processo educacional é primordial para tal, objetiva-se com o presente artigo contextualizar em múltiplos aspectos o fenômeno gênero em nossa sociedade, a fim de fomentar o debate sobre o tema dentro e fora da academia.

### Palavras-chave:

Ideologia. Gênero. Sexualidade. LGBTQI+. Escolas. Educação.

---

1 Graduação, UFF. Departamento de Direito. Volta Redonda, RJ. E-mail: bpedroso@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1576034817817426>.

2 Graduação, UFF. Departamento de Direito. Volta Redonda, RJ. E-mail: stella\_castro@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/157603481781742>.

## 1. Introdução

O artigo em pauta trata da "ideologia de gênero" e sua situação no Brasil. Nos últimos anos, com a bancada considerada a mais conservadora do Congresso Nacional desde a época do regime militar, assuntos, como a ideologia em questão, foram e continuam sendo tratados com certa ignorância, sem entendimento teórico e prático do que se trata. O país apresenta um elevado índice de crimes de ódio cometidos não só contra a população LGBTQI+, mas também contra mulheres, em razão de seu gênero, e contra crianças, por sua vulnerabilidade.

Além do âmbito criminal, a desigualdade ocasionada por preconceitos, como o de gênero, deixa sequelas estruturais no corpo social. O machismo e a LGBTfobia já se inserem de forma sistêmica no *modus operandi* da sociedade, de forma a afetar não só o meio social, como o econômico, cultural e todos os outros. Mesmo com a existência de campanhas televisionadas contra as discriminações em questão, e números, como o Disque-180, para lidar especificamente com a situação das mulheres em situação de risco, os índices, como veremos a seguir, não são favoráveis.

Uma alternativa de combate a essa situação vem sendo discutida em diversos setores da sociedade, como no âmbito legislativo, educacional e, até mesmo, familiar, que é ensinar sobre o problema dentro das escolas. Apesar disso, setores conservadores, com prerrogativas, principalmente, religiosas, impõem barreiras a esses estudos com argumentos sem base científica para justificar um preconceito que se pretende perpetuar e impedir que seja cortado já no início, dentro do ambiente escolar. De que forma, então, seria eficaz abordar um assunto tão pertinente nos dias atuais? Como levar a informação necessária para todos os setores da sociedade?

A Constituição Brasileira de 1988 já previa o combate à discriminação e preconceitos, assim como planos educacionais em seus artigos. Além disso, a própria UNESCO se dispõe para propor alternativas e lidar com o problema em questão. Por meio dos tópicos seguintes, busca-se esclarecer de forma didática a respeito de conceitos e diferenciações, além da apresentação de dados que tornam evidente os males que a população brasileira vive. É importante ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o conteúdo mencionado, mas, trabalhar a questão, de forma a contornar a forma negligenciada que está sendo tratada. Apesar de ser um texto acadêmico, são priorizadas, aqui, as situações práticas do dia a dia, de modo a demonstrar a importância do estudo do fenômeno gênero fora do âmbito teórico e no ambiente de ensino.

## 2. O que é gênero?

Para iniciar a discussão acerca do tema do presente artigo, é preciso delimitar o conceito "gênero" que será abordado. Não há um consenso acerca de seu significado, por isso, pretende-se com este tópico estabelecer e

esclarecer tal conteúdo, para que se possa fazer uma apreciação mais específica do que será debatido. No dicionário, entre outras inúmeras definições de gênero, nos interessa as seguintes:

Propriedade de algumas classes de palavras, notadamente substantivos e adjetivos, que apresentam contrastes de masculino, feminino e por vezes neutro, que podem corresponder a distinções baseadas nas diferenças de sexo; Conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos indivíduos. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI).

Entre as definições usadas por Aurélio, as apresentadas se caracterizam por focar em dois elementos: a linguagem e o comportamento atribuído a cada indivíduo em conformidade com seu sexo biológico. A língua portuguesa tem como característica o uso de pronomes, substantivos e adjetivos flexionados unicamente entre o masculino e o feminino. Diferentemente de outras línguas, como o inglês, que traz pronomes neutros como "*it*" e "*they*", e adjetivos genéricos que podem ser atribuídos a qualquer pessoa sem distinção de gênero, no Brasil, a própria linguagem valoriza essa divisão binária. É aí que a linguagem se encontra de acordo com a segunda definição do dicionário, que leva em conta as condições biológicas que definirão o comportamento social e cultural do ser humano para o resto de sua vida. Isto ocorre porque a linguagem funciona como um espelho para a realidade social e atual da sociedade. A nossa língua oficial, dessa forma, reconhece e se reporta somente a existência de dois gêneros.

Qual seria nosso interesse, porém, em apresentar tais definições que não conceituam diretamente o que é o gênero? As significações acima demonstram como este se apresenta na nossa sociedade. Pode-se dizer que deriva de uma construção feita de geração em geração que definirá o que o indivíduo irá vestir, como irá se comportar, de quem poderá gostar, e outras inúmeras imposições mantidas devido a uma anotação feita na certidão de nascimento que abre duas possibilidades: o ser homem e o ser mulher.

Essas demarcações são mantidas perante o pressuposto de que gênero é uma consequência direta de um determinismo biológico, que, devido às características físicas do ser humano no momento que ele nasce, essas atribuições serão naturalmente lhe conferidas pela natureza. Esse entendimento vem sendo imposto como verdade absoluta, o que serviu para criar estereótipos a serem seguidos, que em muito ajudam para fomentar um ambiente marginal e violento para quem não se identifica ou não se encaixa nos padrões.

Em contramão a aceitação dessas imposições, surge o Movimento Feminista, que contribuiu, principalmente no decorrer do século XX, para questionar os padrões que imperativamente determinam, de forma direta e

indireta, a inferiorização da figura feminina perante o homem. Enquanto da mulher é exigido um comportamento frágil e submisso, do homem se espera a virilidade e a dominância. É estabelecido como natural uma relação entre dominante e dominada, decorrente exclusivamente do entendimento estipulado como único possível de que a trajetória de vida e as características físicas e psicológicas de cada um são determinadas por suas genitálias no momento do nascimento.

O feminismo muito contribuiu para delinear o que é o gênero, uma vez que se apropriou do conceito que antes era equiparado ao sexo, para lhe dar uma significação política, da forma que é usado recorrentemente na atualidade. O gênero, então, é um conceito de cunho social e maleável, moldado de acordo com as necessidades da coletividade e do momento.

Para fins de entendimento do conteúdo a ser exposto, gênero pode ser entendido, portanto, como a posição social e cultural do indivíduo na sociedade, não advinda de um determinismo biológico, que determina padrões de comportamento e pensamento a serem esperados dos mesmos conforme o que lhes for atribuído. Logo, não é apenas um conceito a ser estipulado, mas sim um fenômeno que se apresenta na sociedade de diferentes formas, e que resulta em consequências e problemáticas que serão definidas no decorrer do trabalho.

## **2.1. Gênero e Sexualidade**

Um dos obstáculos a serem superados para o melhor entendimento do fenômeno "gênero" é sua diferenciação com a sexualidade. Para o senso comum, gênero e sexualidade são intrínsecos e sinônimos, dependendo um do outro para fazer sentido. Desta forma, é preciso separar um tópico independente para o esclarecimento acerca da questão.

Gênero, como já exposto, se refere a padrões de comportamentos, geralmente relacionados pelo senso comum ao sexo biológico do indivíduo. A sexualidade, em caminho totalmente desconexo, se refere à atração romântica ou sexual que o ser humano sente em relação ao outro. Para ambos, comumente, há apenas a aceitação binária: o gênero masculino e o feminino, e a heterossexualidade ou a homossexualidade. Apesar de não estarem incorretos, e inegavelmente existirem pessoas que se encaixam dentro dessas binariedades, a realidade não segue o mesmo caminho.

Convém dizer que, apesar de ser defendido por muitas correntes conservadoras que só existem essas duas "possibilidades", a própria realidade trata de confrontar essa ideia. A existência da transexualidade, da bissexualidade, pansexualidade, assexualidade e outras diversas expressões de identidade de gênero e orientação sexual são provas concretas de que estes não são determinados e nem limitados, calhando o entendimento de que são construções sociais, traçadas ao longo da história da humanidade de acordo com a conveniência do período em questão. Apesar de ser inegavelmente

importante o estudo dessas matérias, cabe, aqui, nos limitar a entender qual a relação entre elas.

O assunto veio a se tornar bastante recorrente nas últimas décadas, sendo assim, um tema relativamente novo para a massa popular. Dessa maneira, é comum a confusão no entendimento dos conceitos. É preciso desmistificar a relação de dependência atribuída a eles. Para isso, é necessária a elucidação do tema "heterossexualidade compulsória". Como já dito, a sociedade é dividida em comportamentos baseados no gênero de seus sujeitos, e esses comportamentos são como performances, previamente estipuladas e atribuídas a certo gênero.

Uma dessas performances que são exigidas dos particulares é a da heterossexualidade compulsória. Mas, afinal, o que é isso? O fenômeno ora mencionado diz respeito ao entendimento de que a orientação sexual natural do ser humano é a heterossexualidade. Desde a infância, comentários e brincadeiras que incentivam os meninos a ter uma "namoradinha de escola", e as meninas a encontrar o "príncipe encantado", impulsionam o comportamento sexual precoce, que levam ao entendimento das crianças de que a heterossexualidade é o modelo correto, uma vez que aprendem essas experiências em ambiente familiar e, também, dentro das escolas.

A heterossexualidade compulsória, além de marginalizar desde cedo outras orientações sexuais que o indivíduo possa ter, associa também o conceito de sexualidade ao conceito de gênero. Isso acontece quando, dentro dos comportamentos esperados de cada gênero, está o "gostar" do sexo oposto. Não é incomum, com isso, a transexualidade ser equiparada à homossexualidade, quando na realidade, não se relacionam diretamente.

A identidade de gênero de uma pessoa diz respeito à identificação, ou não, deste com o gênero que lhe foi atribuído no seu nascimento. Se positivo, o indivíduo é considerado cisgênero; se negativo, transgênero ou transexual. A problemática em torno do assunto reflete na questão da não identificação com o gênero atribuído. A OMS (Organização Mundial da Saúde), em uma recente edição da CID 11 (Classificação Internacional de Doenças), divulgada em 18 de junho de 2018, retirou a transexualidade da lista referente a transtornos mentais. Sua classificação passou a ser de incongruência de gênero, ou seja, condição relacionada à saúde sexual. Não obstante a esse importante avanço, que visa garantir o acesso dessa população ao sistema de saúde, é inegável que essas pessoas ainda sofrem com a violência e o preconceito, uma vez que estes estão arraigados nos costumes da sociedade brasileira. Surge aí a importância de debater o tema da identidade de gênero e diferenciá-lo de orientação sexual.

## **2.2. "Ideologia de gênero" x identidade de gênero**

Já foi elucidado a respeito da identidade de gênero, que trata da identificação, ou ausência desta, do indivíduo para com o gênero que lhe foi atribuído ao nascimento. Cabe agora o esclarecimento da própria "ideologia de

gênero", tema central do escrito em questão. A "ideologia de gênero" é entendida paralelamente com o conceito de gênero aqui adotado. A "ideologia" se refere ao entendimento de que gênero é uma ficção social, e não um determinismo biológico, em que os indivíduos, na realidade, se apresentam de acordo com papéis a serem desempenhados. O proposto é o combate a esses papéis entendidos como predestinações. Acredita-se que a imposição desses papéis é prejudicial ao corpo social, uma vez que ditam o que alguém é, de acordo com o que esse alguém gosta, faz, aparenta ou expressa. O desvio em alguma característica do que é esperado de certo gênero é encaixado automaticamente como um desvio, como rótulos necessários para a continuidade do sistema.

O termo em questão, contudo, foi sendo apropriado por setores conservadores da sociedade, de forma a lhe atribuir um sentido pejorativo. É falado, por estes que tentam emperrar a luta acerca do combate ao preconceito e a violência de gênero, que a "ideologia" tenta instaurar uma "ditadura" que ensina a homossexualidade às crianças, ensina "meninas a serem meninos" e vice-versa. O próprio discurso cai em contradição, uma vez que esses mesmos indivíduos defendem que a sexualidade é natural, ao mesmo tempo em que, ao tentar desacreditar o verdadeiro discurso, pregam que ela pode ser ensinada.

Além disso, é perceptível o desconhecimento da diferenciação acerca do que é gênero e o que é sexualidade, já que a "ideologia" se refere principalmente a livrar a sociedade dos papéis pregados, o que de forma indireta impacta no entendimento da sexualidade, porém, não é o objeto principal. O que ocorre, na verdade, é que o sistema social vigente é baseado no patriarcado, que encontra como pilasstras o sexismo e o machismo, que defendem a superioridade de um sexo sobre o outro, e a dominação do homem sobre a mulher, respectivamente, ao mesmo tempo em que excluem quaisquer outras identidades existentes.

A partir disso, é preciso explicitar: a "ideologia de gênero" não propõe a existência de ditaduras, nem tenta ensinar crianças a serem, ou não, parte da comunidade LGBTQI+. A luta abrangida é, ao contrário, democrática. De acordo com o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Além disso, o *caput* do art. 5º traz que todos são iguais perante a lei. Se a própria Lei Maior do país prevê essa igualdade, não só formal, como também material, como explicar a realidade prática em que apenas o gênero masculino é respeitado, enquanto o feminino é objetificado e tratado como inferior e, além disso, outras orientações de gênero são tratadas como aberrações sociais, inclusive por parte de representantes do povo? É este o ponto que se quer debater e superar, ao invés de impor novos padrões de superioridades baseados em falsas premissas, como vem sendo difundido.

### 2.3. Violência de gênero

Diante do exposto até aqui, é possível afirmar com convicção a seguinte postulação: a violência de gênero existe e precisa ser combatida. Em meio a tantas falsas verdades postuladas por meio de, principalmente, crenças populares, é inegável que existem preconceitos em relação às questões de gênero e sexualidade. Preconceito, aqui, é tomado de forma literal – um conceito “pré” concebido, sem entendimento prévio ou real em torno do assunto, baseado no medo ou na ignorância. Dessa forma, é preciso nomear essas discriminações. A primeira delas é o machismo, que é uma forma de preconceito que está instituído na sociedade de forma sistêmica, quase naturalizada.

Por conta disso, torna certas atitudes quase imperceptíveis aos olhos desatentos que não conseguem distinguir comportamentos agressivos e intolerantes, de uma relação genuinamente saudável entre homens e mulheres. Como já dito, impõe a superioridade masculina perante a todos. O ponto é: está tão enraizado que, muitas vezes, não é visto como o inconveniente que realmente representa. Ele não se expressa unicamente através da violência física, mas também por meio de todas as outras formas, como a verbal, a psicológica e a moral. Com a adoção da figura do feminicídio no Código Penal Brasileiro, é possível ter uma noção estatística, decorrente da forma de violência física do elemento em questão. De acordo com o Mapa da Violência de 2015,

entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher. As mulheres negras são ainda mais violentadas. Apenas entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) os que cometem os assassinatos.(MARTINS, 2017)

Os números são alarmantes, e confirmam o fato de que o Brasil tem a quinta maior taxa de feminicídio do mundo (Martins, 2017). Para além disso, fornecem estatísticas que pretendem não só configurar mais uma espécie de bancos de dados, e sim tentar fazer com que a sociedade encare o problema do jeito que é. Entretanto, a nova lei de feminicídio possui um problema estrutural – não inclui as mulheres *trans* como vítimas possíveis. Dessa forma, é possível fazer uma remissão à segunda forma que precisa ser mencionada: a transfobia.

Menos conhecida que o machismo, a transfobia não se faz menos presente. É decorrência direta da imposição da binariedade de gênero. A transfobia representa uma aversão fundada em valores que trazem a falsa crença de que a transexualidade é a perversão da valiosa moralidade que a sociedade construiu e preza em manter. O Brasil, de forma preocupante, é o país que mais mata transexuais e travestis no mundo, de acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB), que divulgou em seu relatório anual remetente ao ano de 2016 que, de acordo com agências internacionais, “mais da metade dos homicídios de transexuais do mundo, ocorrem no Brasil” (Mott, Michels & Paulinho, 2016, p.

2). Além disso, divulgou dados preocupantes, que revelam que nunca se matou tantos LGBTs na história do país, sendo um assassinato a cada 25 horas, totalizando 343 mortos por condição de sua sexualidade ou identidade de gênero só no ano de 2016.

O presidente do GGB ainda deixou o alerta de que nos primeiros 22 dias de 2017, haviam sido registrados 23 assassinatos, ou seja, mais de uma morte por dia (Mott, Michels, & Paulinho, 2016). Mesmo alto, esse índice não é absoluto, pois muitos crimes de ódio não são registrados como tais, além daqueles que nem chegam ao conhecimento público. Os crimes cometidos em razão de gênero e sexualidade ainda contam com o fator da dominação. Não limitados ao homicídio, os autores desses crimes tem ainda um abrangente rol de atuação, sempre levando em conta a situação de vulnerabilidade social da vítima. Segundo levantamento do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) feito em 2014, 70% dos estupros cometidos e registrados no Brasil foram contra crianças (IPEA, 2014).

Os dados são alarmantes e crescentes, e demonstram uma realidade que precisa ser combatida no país, independente de crenças religiosas, teorias acadêmicas e opiniões populares acerca do que é certo e o que é errado.

### **3. Importância do tema nas escolas**

Devemos analisar, agora, a importância do ambiente escolar na formação dos indivíduos enquanto seres sociais, bem como entender a maneira com que a escola influencia o comportamento e ajuda a tecer sutilmente a personalidade e a visão de mundo de cada pessoa que passa por ela. A escola é, portanto, não somente o local em que informação e conhecimento são transmitidos, mas também, um ambiente de convívio, onde crianças e adolescentes aprendem a lidar uns com os outros, com regras institucionais e hierarquias. Berger e Luckmann (2004, p. 184) definem a socialização secundária como "a interiorização de "submundos" institucionais ou baseados em instituições".

Sob tal perspectiva, sendo a escola uma instituição, podemos inferir que o indivíduo assimila noções da realidade objetiva a partir do momento em que rompe com a socialização primária (aquela em que ele se relaciona mais intensamente com a família) e, nestas instituições, toma contato com os costumes, os princípios e os valores de dada sociedade. Em outras palavras, o processo de socialização "depende do status do corpo de conhecimento em questão no interior do universo simbólico em totalidade" (BERGER & LUCKMANN, 2004, p. 186). Nesse sentido, afirmamos que a cultura de uma sociedade encontra-se refletida dentro do ambiente escolar, seja porque ele abarca as visões de mundo dos profissionais da educação (como professores, pedagogos e diretores, por exemplo), ou porque a própria escola possui um papel intrínseco de promover a socialização secundária.



Devemos mencionar, também, a existência de uma visão diferenciada acerca da educação, que a enxerga como prática libertadora, responsável não somente por reproduzir os valores e a ética social, mas também por ser a força motriz de mudanças sociais. Um dos principais expoentes desse pensamento é o educador e pedagogo Paulo Freire, que enxerga a capacidade dos seres humanos de se relacionarem dialeticamente com o meio no qual estão inseridos, sendo a educação um instrumento concreto de transformação da realidade.

Segundo Freire (1996, p.30) "Não sou apenas objeto da História, mas seu sujeito igualmente. No mundo da História, da cultura, da política, constato não para me adaptar, mas para mudar". Educandos e educadores possuem papel fundamental na construção do mundo e a educação é a maneira com que se conquista "corações e mentes" para o entendimento da realidade objetiva e, principalmente, para que possamos incidir nessa realidade de maneira direta e positiva, visando o bem comum.

Não iremos nos ater ao questionamento de qual visão a respeito da educação é a correta, pois acreditamos que cada uma delas traz consigo pontos de vista igualmente pertinentes, verificáveis empiricamente e, até mesmo, complementares. Cabe-nos analisar neste tópico como em ambas as visões, as escolas assumem um papel-chave no combate às opressões de gênero e sexualidade.

No primeiro, observamos que valores, costumes e pensamentos do corpo social estão presentes nas escolas sob a égide da reprodução de comportamentos socialmente aceitos. Esses comportamentos exteriores à escola reforçam, na maioria das vezes, a opressão de sexo e gênero, que são perpetradas historicamente, e cuja origem é difícil datar. A origem destas opressões pode ser relacionada ao modelo patriarcal e machista de sociedade, como já mencionado anteriormente. Nesse modelo, a divisão de tarefas tende a conferir aos homens papéis de maior prestígio e valor econômico, enquanto às mulheres são destinados papéis inferiores, de baixa remuneração.

A educação, por sua vez, vem reforçando o modelo tradicional através do comportamento docente (e de outros profissionais da área) machista, homofóbico, transfóbico e velado de inúmeros preconceitos. Como exemplo, podemos citar a resistência de muitos profissionais das instituições educativas em aceitar a utilização do nome social no caso de transgêneros e, até mesmo, o bullying, o que constitui a maneira mais nítida de reprodução de opressões.

Existem ainda, aquelas que não envolvem diretamente o comportamento de docentes, mas sim, a própria estrutura da educação como um todo. Podemos citar a constituição dos materiais didáticos, como livros e apostilas, de conteúdo sexista, que confere às mulheres características voltadas à condição de fragilidade e dependência, enquanto os homens são caracterizados como portadores de força e protagonismo nos acontecimentos históricos; no caso da educação infantil, podemos mencionar os esforços para divisão binária das crianças em meninos e meninas, através de brincadeiras,

objetos relativos a cada um dos sexos e incentivo aos comportamentos que socialmente são atribuídos em conformidade com o gênero biológico da criança.

Enfim, uma série de fatores que não permitem com que o indivíduo haja em desconformidade com o padrão heteronormativo, tendo como consequência, na maioria das vezes, punições indiretas, como segregação (exclusão daquele indivíduo do convívio escolar saudável) e exposição ao ridículo (piadas de cunho preconceituoso). Neste contexto, devemos pensar a transformação da realidade socioeducativa de maneira que o ambiente escolar inclua a diversidade sexual e os direitos de cidadania LGBTQI+, sendo o papel dos profissionais da educação uma peça-chave para este grande desafio.

Diante desse questionamento, invocamos a segunda visão acerca da educação, que a considera como fonte de verdadeiras transformações e não como mera reprodutora de valores morais exteriores a ela. Nesse sentido, a escola possui um papel primordial, pois a partir dela, os preconceitos e discriminações serão superados não somente em uma microestrutura (foco em uma única realidade escolar), mas também em perspectiva macro, que inclui a possibilidade de superação em toda a sociedade, uma vez que a escola forma indivíduos que irão atuar de maneira pragmática, de forma a reverberar a necessidade de superação de opressões de gênero e sexualidade, sejam elas quais forem.

Nesse sentido, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para educação Ciência e Cultura), em sua 38ª Conferência Geral, se posiciona em favor do aprofundamento do debate sobre sexualidade e gênero no plano educacional, utilizando como ferramenta a legislação brasileira e os planos de educação, com objetivo de garantir ambientes de aprendizagem seguros e não violentos, inclusivos e eficazes para promoção da educação baseada na igualdade de gênero e direitos humanos (UNESCO, 2016).

Aliado a isso, podemos discorrer acerca de outro motivo relevante para justificar a importância de se tratar sobre gênero nas escolas: a falta de debate sobre o tema por parte da família. Os grupos contrários à inclusão da "ideologia de gênero" em âmbito escolar argumentam que o tema deve ser discutido em ambiente familiar, pois se trata de questão de foro íntimo e, portanto, não dizem respeito a ambientes coletivos educacionais, principalmente no que tange às crianças de ensino fundamental, pois isso geraria conflitos precoces (DÁRIO DO VALE, 2015).

Essa visão mais conservadora diante de temas que envolvem gênero geralmente se baseia em preceitos religiosos, pois está relacionada à concepção de homem e mulher que as religiões, em sua maioria cristã, disseminam como correta. A título de exemplificação, podemos mencionar o recente episódio ocorrido no estado de Goiás: em atitude solidária, a ONG Organização das Voluntárias de Goiás (OVG) doou 110 mil brinquedos para crianças, em decorrência das festividades natalinas. Dentre esses brinquedos,

havia bonecas com genital masculina e batom rosa, ou seja, bonecas que pareciam ser do sexo feminino com genital masculina e outras que se assemelhavam a meninos com a boca pintada de rosa.

Esse episódio gerou repercussão e dividiu a opinião pública entre aqueles que não veem problemas na distribuição dos brinquedos, que afirmam que crianças se preocupam somente em brincar e não enxergam a boneca como transexual, assumindo a complexidade inerente ao tema; e aqueles que se posicionam de maneira contrária, afirmando que as crianças ainda não são maduras o suficiente para lidar com tamanha polêmica. Iremos destacar o comentário de uma internauta: "Vou criar meu filho dentro da minha religião com princípios que aprendi com meus pais e darei os brinquedos que acredito ser certos, pois não concordo com ideologia de gênero". (G1, 2017).

A partir deste comentário, podemos notar uma predisposição contrária ao tratamento sobre gênero em âmbito familiar. Utilizando como subterfúgios ideais religiosos e conservadores, os pais não demonstram interesse em debater sobre o tema com seus filhos, até mesmo por falta de conhecimento e interesse na área. Vale ressaltar que o mesmo acontece com o debate cujo tema é sexualidade:

A maioria dos pais tem dificuldade de conversar sobre sexualidade com os filhos. Na verdade, poucas são as pessoas realmente habilitadas a debater este tema com os adolescentes. Muitas escolas que instituíram disciplinas de educação sexual, na prática restringiram-se a transmitir conhecimentos sobre anatomia e fisiologia da reprodução. Os jovens reconhecem quando estão lhe passando orientações de forma incompetente e, muitas vezes, preferem buscar as informações que desejam com os amigos ou em revistas, cuja qualidade, na maioria das vezes deixa a desejar. Para conversar sobre sexualidade com jovens é necessário que o educador tenha certas habilidades, como aceitar novos conceitos, evitar julgamentos e não permitir que seus tabus e dificuldades em sua própria sexualidade influenciem. (FILHO, 2005)

Concluimos este tópico, portanto, com um raciocínio lógico diante do seguinte impasse: se grande parte dos pais e familiares não assumem a responsabilidade de debater sobre tema tão relevante, cabe a quem tangenciar o assunto com crianças e adolescentes? Nossa resposta se alinha à opinião daqueles que defendem que identidade de gênero deve ser tratada nas escolas de maneira responsável. Para isso, é necessário que o ambiente escolar esteja preparado, capacitado e, principalmente, que se proponha a tratar o tema com senso crítico, sem medo de quebrar tabus.

### **3.1. Questões pedagógicas envolvidas**

Neste tópico buscaremos sintetizar brevemente como as questões de gênero e sexualidade podem ser tratadas em ambientes de ensino, pois a crítica fundamentada na ideia de doutrinação se dirige à maneira com que essa questão será abordada em sala de aula.

De acordo com a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), é necessário aprofundar o debate a fim de que possamos alcançar uma educação inclusiva, baseada no respeito à diversidade. Para isso, disponibiliza uma lista com materiais que podem ajudar os educadores a incluírem questões de gênero nos debates em sala de aula e espaços educativos, com destaque para cartilhas, livros e campanhas com vídeos. Destaca ainda que não é preciso ser especialista em homofobia e transfobia para promover as atividades, basta saber conduzir a discussão, lidar com perguntas cuja resposta pode ser desconhecida em primeiro momento e, principalmente, contribuir para desconstrução de afirmações estigmatizantes e discriminatórias.

Dentre elas, destacamos a título de ilustração uma atividade, incluída no Plano de aulas para o dia contra a homofobia e transfobia. Ela pode ser feita entre crianças de 6 a 9 anos em forma de debate e constitui em levar questões polêmicas, que tratam sobre aparência e sexualidade, como por exemplo: "Meninas com aparência masculina são um problema em nossa sociedade? Se sim, por quê?"; "Um menino/homem gay ou bissexual sempre parece efeminado e age como uma menina/mulher?" Com isso, busca-se desconstruir padrões de estética e comportamento que estão arraigados em nossa sociedade e, principalmente, visa promover a aceitação dos alunos para com as pessoas com gênero e sexualidade diferentes do padrão heteronormativo.

Essas formas de lidar com o preconceito e discriminação têm por escopo reverter o quadro constatado pela UNESCO a partir de um estudo em feito 2004, que revelou que quase 40% dos alunos entrevistados não gostariam de ter homossexuais como colegas, e mais de 35% dos pais prefeririam que estes não fossem amigos dos filhos. A pesquisa levou em conta as respostas de mais de 16 mil estudantes de escolas públicas de treze capitais brasileiras. Por isso, é necessário que cada vez mais sejam propagadas atividades de viés inclusivo e que seja desmistificada a ideia de que essas atividades visam doutrinar os estudantes, pois, ao contrário do que setores conservadores afirmam, elas revelam ser uma importante ferramenta para se tratar de gênero em ambiente escolar.

### **3.2. Questões de gênero na Conferência Nacional de Educação de 2010**

A Constituição Federal de 1988, nossa Carta Magna, prevê em seu artigo 214 o estabelecimento do Plano Nacional de Educação (PNE) com duração de 10 anos, cujo desafio é traçar metas e objetivos para o ensino em todos os níveis (infantil, básico e superior) durante esse lapso temporal.

Amparado, então, por essa previsão constitucional, foi criado em 2014 o PNE, com previsões na área educacional a serem cumpridas até 2024. Vale ressaltar, porém, que a criação deste plano deve ser fruto de um amplo debate entre a sociedade civil e, por isso, ocorreu em 2010 a CONAE (Conferência Nacional de Educação).

A CONAE 2010 desenvolveu-se em Brasília de 21 de março a 1º de abril de 2010 e foi precedida por Conferências Municipais. Todas essas conferências constituem um espaço democrático de debate, que visa abarcar a sociedade civil, a fim de incentivá-la a participar ativamente da construção educacional no país. Essa construção popular se materializa no documento final da CONAE, que posteriormente, servirá como base para o PNE 2014. Os aspectos referentes a gênero e sexualidade, no documento final da CONAE, estão englobados no subtítulo “Quanto ao gênero e à diversidade sexual”, no eixo VI.

Das alíneas A até Y encontram-se coordenadas que visam: à capacitação dos profissionais da educação para tratarem de assuntos referentes ao tema; à garantia de que os espaços pedagógicos sejam livres de qualquer manifestação de preconceitos, discriminação, violência sexista e homofóbica; ao incentivo à pesquisa na área de gênero por parte das instituições de ensino superior; à aceitação do nome social de transexuais de travestis; a maior seleção dos materiais didáticos utilizados, a fim de promover respeito e reconhecimento à diversidade de orientação sexual e de identidade de gênero; à diminuição da evasão escolar causada por homofobia, racismo, sexismo e outras formas de discriminação individual e social, entre outras (CONAE, 2010,p. 143 até 146).

Vale ressaltar que ele traz explicitamente a coordenada de inserção do estudo de gênero e sexualidade em ambiente escolar:

Inserir os estudos de gênero, identidade de gênero, orientação sexual, diversidade sexual e educação sexual, como disciplina obrigatória, no currículo da formação inicial e continuada, nas atividades de ensino, pesquisa e extensão, nas licenciaturas e bacharelado, na pós-graduação, no ensino fundamental e médio, em todas as áreas do conhecimento, de forma interdisciplinar, transdisciplinar e transversal, articulando-os à promoção dos direitos humanos – meta do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. (CONAE, 2010, p.144).

Diante disso, nota-se a perspectiva progressista com que parte da sociedade se dispôs a tratar sobre gênero, com destaque para a participação de agentes que compõem movimentos sociais (principalmente o feminista e LGBTQI+) no desenvolvimento do referido programa, o que é um ponto positivo na caminhada educacional pela busca de igualdade material e respeito.

### 3.3. Diretrizes do PNE 2014 e omissão quanto ao gênero

Seguindo uma ordem cronológica, em 25 de junho de 2014, é aprovado o PNE 2014-202, lei nº 13.005/14, que traz 10 diretrizes básicas em seu artigo 2º: erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; melhoria da qualidade da educação; formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; valorização dos (as) profissionais da educação; promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental. (Lei 13.005, 2014).

O artigo 7º dessa lei dispõe que a União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios devem atuar de maneira conjunta a fim de garantir que as metas do Plano sejam alcançadas, ou seja, os entes federativos possuem competência para legislar visando materializar o disposto na legislação federal.

O Plano, que era previsto para ser aprovado em 2011, acabou sendo alvo dos já mencionados setores conservadores (incluindo parlamentares), uma vez que fazia menção à "igualdade de gênero". Movidos pelos ditos ideais religiosos contra o avanço das pautas LGBTQI+, a maioria dos deputados e senadores criticaram duramente o que eles chamam de "ideologia de gênero" e acabaram por alterar o dispositivo do artigo 2º que se referia inicialmente à promoção da "igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual". A expressão foi substituída por outra genérica "cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação", como mencionada no parágrafo anterior. Verificamos, com isso, notória falta de comprometimento por parte do Congresso Nacional em combater de fato as opressões de gênero e sexualidade existentes em nossa sociedade e, além disso, o desrespeito a outras instâncias de decisão, como foi o caso da CONAE 2010.

A polêmica se manteve devido à elaboração do documento final da CONAE 2014 (realizada de 19 a 23 de novembro em Brasília), que abordou explicitamente temas relacionados a gênero e sexualidade em seu eixo II. Isso gerou reação adversa de alguns deputados, que afirmaram ser antidemocrática a inclusão desses temas, uma vez que a decisão do Congresso Nacional, expressa no PNE, foi propositalmente omissiva no que tange ao tema. Porém, como foi argumentado por membros do Fórum Nacional de Educação, as Comissões são instâncias democráticas, pois além delas encontrarem legitimidade na Carta Magna de nosso país, são instâncias populares de debate, nas quais a opinião direta dos cidadãos é ouvida diretamente e, por isso, devem ser respeitadas.

#### 4. Leis municipais e o tratamento sobre gênero em Volta Redonda

Na maioria dos Planos Estaduais e Municipais de Educação, elaborados posteriormente ao PNE, as questões de gênero e sexualidade foram excluídas, mediante embates políticos e religiosos caracterizados como “ideologia de gênero”. (<http://www.est.com.br>) A maioria dos deputados estaduais e vereadores afirmam não ser necessário abranger estas pautas, uma vez que elas já se encontram subentendidas pela legislação federal ou, então, embasam seus argumentos contrários em uma falaciosa ideia de “doutrinação”, cuja consequência é a possível erotização infantil.

No caso de determinadas leis municipais que proíbem expressamente o tratamento sobre gênero e orientação sexual nas escolas, foram protocoladas pela Procuradoria Geral da República, com objetivo de suspendê-las, ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o ministro Barroso enunciou seu voto pela declaração de inconstitucionalidade em um dos casos e justificou da seguinte maneira:

“Não tratar de gênero e de orientação sexual no âmbito do ensino não suprime o gênero e a orientação sexual da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre. Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade e protegê-los contra a discriminação e a violência. Impedir a alusão aos termos gênero e orientação sexual na escola significa conferir invisibilidade a tais questões. (...) Significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação”. (BARROSO, 2017)

Por se tratar de tema recente, alguns casos de leis municipais que proíbem política de gênero ainda aguardam o julgamento do STF, outros foram direcionados ao Tribunal de Justiça do respectivo estado.

Volta Redonda, município do interior do Rio de Janeiro, foi alvo de uma lei cujo intuito é impedir a livre circulação de conhecimento entre educadores e educandos e, portanto, representa uma censura à liberdade de ensinar, compreender, pesquisar e divulgar aprendizagens. Referimo-nos à Lei Municipal 5.165/15, que traz em seus dispositivos as seguintes diretrizes: “art. 1º - Fica vedada a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda; art. 2º - A Secretaria Municipal de

Educação regulamentará a presente Lei no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a sua aprovação; art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário”.

Ela foi sancionada quando se discutia o Plano Municipal de Educação para o período de 2015 a 2024, com promulgação feita pelo Presidente da Câmara de Vereadores em 20 de agosto de 2015, uma vez que o veto integral do Prefeito foi derrubado pelo Legislativo Municipal. Porém, não demorou para que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro declarasse sua inconstitucionalidade, a requerimento da Defensoria Pública, visto que referida legislação viola a Constituição do estado e a Constituição Federal.

Em primeiro momento, devemos analisar a justificativa para a criação de tal lei: “defesa dos valores naturais e cristãos” (vide justificativa apresentada pelo projeto) e “evitar a destruição da família natural constituída por um pai, uma mãe e seus filhos” (vide carta anexa ao processo legislativo, subscrita pelo Bispo da Diocese de Barra do Piraí e Volta Redonda), isto é, a proteção jurídica de uma determinada moral sexual, familiar e religiosa. (CASTRO, 2016). O art. 19 da Constituição de 1988 é um dos dispositivos constitucionais que versa sobre a laicidade do Estado e, além disso, veda a possibilidade dos entes federados tratarem brasileiros com distinção ou preferência entre si.

A análise do conteúdo material da referida lei municipal, vai de encontro aos preceitos constitucionais citados, posto que invocar determinada fé ou religião para justificar a criação de normas públicas fere a laicidade. O Estado laico é a premissa para a inexistência de fundamentalismo religioso, pois este contribui para a exclusão daqueles que compartilham de diferentes crenças ou daqueles que simplesmente não compartilham de crença alguma. Além disso, podemos extrair do parágrafo 1º da Carta Magna o pluralismo político, que se embasa na noção de diferença entre os indivíduos, ou seja, cada cidadão é livre em sua tomada de decisão para auto determinar qual concepção de família deseja adotar, não podendo esta última ser imposta pelo Estado, pois invade a esfera individual.

Em segundo momento, faz-se necessário analisar o conteúdo formal da lei, visto que este se encontra eivado por vício. De acordo com o art. 112 da CFRB/88, são de iniciativa privativa do Governador do Estado leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo. Destarte, ao estipular diretrizes para a política educacional do Município, exercendo direta interferência sobre o Plano Municipal de Educação, a Lei nº. 5.165/2015, de iniciativa do Presidente da Câmara de Vereadores, inegavelmente impôs atribuições à Secretaria de Educação de Volta Redonda. A leitura do art. 2º da citada lei deixa evidente a indevida ingerência sobre o órgão do executivo, uma vez que atribui à Secretaria Municipal de Educação a regulamentação da proibição contida no art. 1º, no prazo de sessenta dias.

Devemos mencionar, também, que tanto a Constituição Federal, quanto a estadual possuem como alicerce o combate à desigualdade estrutural,



principalmente a CRFB/88, que foi erigida com objetivo de consolidar os direitos de segunda geração. Norberto Bobbio (2004, p.9 a 10) define os direitos de segunda geração como "ação positiva do Estado (...) são os direitos sociais, como por exemplo, o direito à instrução ou à assistência". Neste sentido, podemos inferir como tarefa do Estado brasileiro concorrer de forma comissiva para a inclusão social de grupos historicamente marginalizados, que sofrem cotidianamente com a violência e discriminação, como a população LGBTQI+ e as mulheres. Assim, uma lei que, por essência, corrobora para a segregação, porquanto visa impedir que essa violência seja combatida em seu íterim e em ambientes de formação educacional, contribui também para a fomentação das desigualdades.

O conceito de igualdade material, tratado principalmente por Aristóteles, ilustra o que descrevemos: "tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades" (OLIVEIRA e ANDRADE, 2014). Amplamente amparado pela CRFB/88, este conceito pode ser considerado uma desigualdade positiva, pois busca o cumprimento de direitos assegurados por lei, a fim de vencer cenários de desigualdade estrutural. Por fim, na medida em que a desproporção de tratamento dado a indivíduos com padrão considerado desviante são levadas a ambientes institucionais (como a escola), notamos um esforço por parte do Poder Público para sanar referida desproporção.

Por fim, diante da decisão do TJ-RJ, Paulo Conrado, autor da referida lei, declarou que irá recorrer à decisão do Tribunal. Para angariar forças e apoio em decorrência da derrota que sofreu em instâncias judiciais, o vereador propôs uma audiência pública na Câmara de Vereadores no dia 5 de dezembro de 2017. Porém, houve muitas críticas à maneira com que a audiência foi conduzida: sendo a mesa composta apenas por setores conservadores da população local (favoráveis à lei) e oferecendo espaço de fala extremamente restringido a pessoas com opinião contrária, em sua maioria, componentes de movimentos sociais da cidade de Volta Redonda. As críticas resultaram em uma nota de repúdio assinada por coletivos e organizações compromissadas com a causa LGBTQI+ no município.

## **5. Conclusão**

Diante do exposto, visamos elucidar que gênero engloba a posição social e cultural do indivíduo na sociedade e não se relaciona ao determinismo biológico. Constatamos, ainda, a problemática acerca do rompimento dos padrões de gênero impostos historicamente em nossa sociedade. Aliado a isso, destacou-se a diferença entre gênero e sexualidade, sendo esta última referente à atração romântica ou sexual que o indivíduo sente em relação a outro. Ambos os conceitos são propositalmente confundidos por setores conservadores, que se negam ao reconhecimento de identidade de gênero que destoe da visão binária (feminino e masculino) e também não ponderam a existência de

orientações sexuais que fogem à lógica heteronormativa, dando origem ao fenômeno da heterossexualidade compulsória.

Esses setores conservadores, geralmente ligados a posições religiosas, se apropriaram do termo “ideologia de gênero” de forma pejorativa, atribuindo-lhe sentido de instauração de uma possível ditadura que dissemina a homossexualidade entre as crianças e ensinam meninos a serem meninas e vice-versa. Vimos, contudo que esse argumento, além de falacioso, é um retrocesso à comunidade LGBTQI+, que sofre inúmeras violências cotidianamente. Essas violências atuam sob expressão de machismo, homofobia, transfobia, entre outros e os números relativos à morte desses setores em nossa sociedade são alarmantes.

Por isso, se faz necessário que a sociedade encontre caminhos para a superação desse índice elevado de violência, sendo um deles o ensino de gênero nas escolas. Em decorrência deste processo, haveria ampliação do debate em ambiente propício para formação de novas ideias e conhecimentos, visto que a educação é um instrumento não somente de propagação dos preconceitos existentes na sociedade como um todo, mas também de mudança concreta na maneira com que cada criança e adolescente enxergam o mundo. Aliamos a isso, uma breve análise sobre práticas pedagógicas que incentivem à discussão de gênero e detalhamos como ela pode se dar pragmaticamente.

Por fim, perquirimos como a questão de gênero é tratada em âmbito institucional e como os órgãos e entidades educacionais e jurídicos se posicionam. Além disso, fizemos a análise de uma lei que proíbe a discussão sobre gênero na cidade de Volta Redonda. Optamos discorrer sobre ela devido ao fato de que, como graduandas, nos relacionamos diretamente com o ambiente acadêmico e, portanto, vivemos experiências empíricas na área da educação no município. Buscamos ainda mencionar brevemente como ocorre o diálogo dos movimentos sociais com instâncias institucionais e, principalmente, destacar seu importante papel na construção democrática da educação em nosso país, no que tange à garantia de direitos da população LGBTQI+.

## **REFERÊNCIAS**

*UNESCO defende educação sexual e de gênero nas escolas para prevenir violência contra mulheres.* (7 de Junho de 2016). Acesso em 17 de dezembro de 2017, disponível em [nacoesunidas.org](http://nacoesunidas.org)

ANDRADE, G. O. (2014). *A IGUALDADE ARISTOTÉLICA NA ORDEM CONSTITUCIONAL.*

BOBBIO, N. (20014). *A era dos Direitos.* Rio ed Janeiro: Elsevier.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

CASTRO, A. L. (s.d.). *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Acesso em 19 de Dezembro de 2017, disponível em REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: <https://www.conjur.com.br/dl/volta-redonda-politica-genero.pdf>

PASSOS, E, N. R. (2011). *Ensino e Gênero Perspectivas Transversais . Gênero e Educação*, pp. 49-59.

FERREIRA, A. B. (27 de Fevereiro de 2017). *Dicionário do Aurélio*. Acesso em 14 de Dezembro de 2017, disponível em Dicionário Eletrônico Aurélio Séc. XXI: <https://dicionariodoaurelio.com/genero>

FILHO, J. R. (Janeiro de 2005). *Sezualidade: um desafio para pais e educadores*. pp. 1-42.

FNE. (19 de Dezembro de 2017). *Gênero e orientação sexual são temas de audiência na Câmara*. Acesso em 18 de Dezembro de 2017, disponível em Fórum Nacional de Educação: <http://fne.mec.gov.br/noticias/1017-genero-e-orientacao-sexual-sao-temas-de-audiencia-na-camara>

FREIRE, P. (1996). *Pedagogia da autonomia- Saberes Necessários à Prática Educativa*. São Paulo: Paz e Terra.

G1. (14 de Dezembro de 2017). *Vereadores impedem distribuição de boneca com genital masculino, batom e roupa rosa em Jataí, GO*. Acesso em 18 de Dezembro de 2017, disponível em g1.globo.com: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/vereadores-de-jatai-impedem-distribuicao-de-boneca-com-genital-masculino-batom-e-roupa-rosa.ghtml>

IPEA. (27 de março de 2014). *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Acesso em 18 de dezembro de 2017, disponível em [ipea.gov.br](http://ipea.gov.br): [http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21849](http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21849)

KLEIN, R. (2015). *Questões de Gênero e Sexualidade nos Planos de Educação . Revista de Estudos Feministas em Teologia e Religião*, 145-156.

LUCKMANN, P. B. (1966). *A construção social da realidade*. Random House.

MARTINS, H. (27 de Agosto de 2017). *Agência Brasil EBC*. Acesso em 15 de Dezembro de 2017, disponível em Site da Empresa Brasil de Comunicação: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo>

MOTT, L., Michels, E., & PAULINHO. (2016). *Assassinatos de LGBTs no Brasil Relatório 2016*. Salvador: Grupo Gay da Bahia.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

OMS. (s.d.). *CID 10*. Acesso em 14 de Dezembro de 2017, disponível em Classificação Internacional de Doenças: <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>

UNESCO. (s.d.). Acesso em 18 de Dezembro de 2017, disponível em Nações Unidas: [nacoesunidas.org](http://nacoesunidas.org)

## **A política criminal de drogas como causa das falhas de segurança pública e do sistema prisional**

Matheus Teixeira Moreira<sup>1</sup>

### **Resumo:**

O presente trabalho propõe demonstrar a correlação existente entre a atual política de combate às drogas e as deficiências de segurança pública no Brasil, abordando argumentos éticos e utilitaristas para explicar a falha desse modelo; objetiva também indicar a interdependência entre a chamada “guerra às drogas” e a ruína do sistema prisional, ressaltando os aspectos referentes à superlotação de presídios, à violação de direitos humanos, à manutenção de facções e ao pouco controle dos agentes penitenciários. Expostas todas as causas e consequências, sugere soluções para reduzir os problemas apresentados, por meio de fundamentação teórica voltada para a corrente do minimalismo penal e mediante análise de métodos consolidados em outros países.

### **Palavras-chave:**

Criminologia. Segurança pública. Direitos humanos. Minimalismo penal.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito do UniFOA

## 1. Introdução

Em um passado não tão distante, entrou em vigor certa lei que criminalizava o consumo e o comércio de certa substância em certo país. A nova medida, levada a cabo pelas demandas moralistas da sociedade, impactou severamente a economia e a segurança daquela nação, pois a proibição criou um mercado monopolizado no qual apenas criminosos ousavam adentrar; dentre esses, certo “fora da lei” se destacou e foi responsável por diversas execuções e pelo medo generalizado. A lei ficou conhecida como Lei Seca, a substância proibida era o álcool e o país, os Estados Unidos da América. O criminoso em questão: Al Capone.

Tudo isso soa semelhante com a realidade do combate às drogas em solo brasileiro. A implementação da Lei Seca nos EUA, na década de 1920, e sua posterior revogação têm muito a ensinar ao Brasil. A política de combate aos tóxicos, positivada com a Lei nº 11.343/2006 (conhecida como Lei de Drogas), guarda notáveis semelhanças com a restrição às bebidas alcoólicas, mesmo com um período de quase um século de diferença.

Como no caso americano, no Brasil a proibição levou a um comércio monopolizado pelos traficantes, que detêm controle sobre inúmeras comunidades e causam diversos problemas quanto à segurança pública, o que faz várias cidades do país viverem em clima de guerra civil. Além do mais, os acusados por tráfico correspondem a uma enorme parcela da população carcerária brasileira, e esse fato tem correlação direta com a falência do sistema prisional.

A seguir, serão expostos cada um desses elementos e apresentadas as soluções julgadas convenientes para este que é, sem sombra de dúvidas, um dos temas de mais urgência da realidade nacional.

## 2. A guerra às drogas no Brasil

### 2.1. Breve histórico

O combate às substâncias entorpecentes em solo brasileiro, em termos legais, teve início com um decreto sancionado em 06/07/1921 e foi maximizado durante o Estado Novo, o que se apreende da análise de um Decreto-lei de 1938. Mas foi com o golpe militar de 1964 que essa política ganhou os contornos de excessiva repressão dos dias atuais. Atualmente, é regulada pela Lei nº 11.343/2006, composta por 75 artigos.

### 2.2. Ética e utilitarismo

A guerra às drogas é equivocada sob dois pontos de vista: em primeiro lugar, trata-se de um dilema *ético*, eis que nada mais é que a restrição estatal a um dos mais básicos direitos do ser humano, isto é, a liberdade. Da mesma

maneira, observando-a pela ótica *utilitária*, conclui-se que é uma política fadada ao fracasso.

A legislação repressiva, que visa impedir a venda e o uso pessoal por parte de indivíduos plenamente capazes, viola diretamente o direito fundamental à liberdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A simples mercancia e o consumo não representam perigo concreto aos direitos de terceiros: é uma simples troca voluntária. Apesar das possíveis más consequências à saúde do usuário, não cabe ao Estado interferir a ponto de determinar o que o indivíduo pode ou não consumir; da mesma forma, observados padrões mínimos de controle, de uma maneira geral também não cabe ao Estado determinar o que deve ou não ser fornecido. Não se trata, aqui, de defesa das drogas: é nada mais que o simples entendimento que o governo não deve interferir nas escolhas pessoais – respeitados os devidos limites – sob pena de haver arbítrio e abuso de poder.

A eficiência da guerra às drogas também é questionável. As atuais políticas públicas sobre drogas têm como objetivo um fim que jamais foi nem será alcançado: elas se propõem a reduzir o fornecimento e o consumo de entorpecentes, mas o modelo atual não teve sucesso em atingir essa meta, como também deixa a desejar quanto à recuperação dos dependentes químicos. O que ocorre, na realidade, é o direcionamento de grande parte do aparato policial para a investigação e controle da compra e venda; o uso dessas forças policiais como instrumento repressor; o julgamento inquisitivo dos acusados e a condenação desproporcional em relação à conduta praticada. Além do mais, é uma espécie de ciclo: um agente é capturado pela justiça, mas há um gigantesco exército de reserva para substituí-lo.

A criminalização e seus defensores desconhecem um dos postulados mais básicos de economia: a lei de oferta e demanda. De acordo com essa regra universal, para cada procura de determinado produto haverá uma oferta por parte de alguém que deseje trocá-lo por dinheiro ou outro bem. Num mercado aberto, descentralizado e legal, o consumidor pode escolher dentre os vários produtos ofertados por diversos fornecedores, os quais competem entre si.

Por outro lado, quando a compra e venda de determinada coisa é proibida (como foi o álcool nos EUA na década de 1920), inexistem padrões de controle de qualidade, as pessoas comuns não se aventuram a fornecê-la e todo o mercado consumidor (que existe e sempre existirá) fica à mercê daqueles que agem sob o manto da ilicitude e que, por deter o controle desse monopólio, se abastecem com rios de dinheiro, dinheiro esse que é usado para manter um verdadeiro Estado paralelo. Em suma, a proibição não funciona: as canetadas dos burocratas não são capazes para deter a oferta e a procura, o tráfico não é derrotado – mas sim fortalecido – e não há a devida recuperação de grande parte dos viciados.

### **3. A questão da segurança pública**

Num primeiro momento, a relação entre guerra às drogas e segurança pública se dá no sentido que grande parte das forças policiais são direcionadas a combater o tráfico, enquanto poderiam estar prevenindo e combatendo delitos mais graves. Ao mesmo tempo há o fortalecimento dos traficantes, que adquirem enorme quantidade de armamento e munição, o que os permite ter controle sobre comunidades carentes e praticar diversos homicídios e crimes contra o patrimônio. Há uma terceira relação, no entanto, que merece ser explorada com mais afinco.

#### **3.1. Ruína do sistema prisional**

O modelo penitenciário que existe no Brasil falhou. Diversas são as causas que explicam esse fato, mas uma das mais evidentes é a rigidez da Lei de Drogas e do tratamento conferido àqueles que são indiciados com base nessa norma.

De acordo com reportagens dos maiores veículos de comunicação do país, como O Globo e O Estado de São Paulo, um a cada três presos no Brasil responde por tráfico de drogas. Antes da entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, o percentual era de 8,7%; atualmente, equivale a 32,6%, o que corresponde a um aumento obscuro de aproximadamente 500% entre os anos de 2005 e 2018.

Num universo de 668 mil presos, quase 200 mil são acusados ou condenados por tráfico. Ao mesmo tempo, o número de vagas disponíveis nos presídios é de 394,8 mil. A conta não fecha e, obviamente, surgem consequências.

Uma primeira consequência é a violação dos direitos humanos do preso. A Constituição, em seu art. 5º, assegura um rol de direitos e garantias fundamentais a todo e qualquer brasileiro e estrangeiro residente no Brasil, como a não submissão a tratamento desumano ou degradante (inciso III) e o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX). A realidade dos encarcerados, no entanto, é completamente diferente. Forçados a coexistir em celas insalubres e abarrotadas, desconhecem quaisquer resquícios de dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, existe o problema crônico referente às facções criminosas. Grande parte dos acautelados se veem obrigados a integrar algum grupo interno, às vezes até por questão de sobrevivência. Em virtude da logística fraca e do grande número de presos, esses grupos crescem e se tornam influentes até mesmo na constância da prisão, passando a orquestrar delitos de dentro da cadeia. Além disso, os pátios dos presídios se tornam verdadeiros ringues em que os membros das facções se enfrentam entre si, em disputas que envolvem mutilações e decapitações.



Uma última consequência da superlotação e falência do sistema diz respeito à evasão de presos. Ocasionalmente pela falta de vigilância e falta de preparo dos agentes penitenciários, essa questão é de grande impacto para a segurança pública, eis que os foragidos voltam a delinquir e, via de regra, com experiência adquirida pelo tempo dispensado junto à chamada “faculdade do crime”.

#### **4. Estatísticas da Lei de Drogas na região sul fluminense**

O Estado do Rio de Janeiro é dividido em diversas mesorregiões, dentre as quais pode se destacar a Sul Fluminense, que compreende as microrregiões do Vale do Paraíba e de Vassouras. Os municípios da região, via de regra, são conhecidos pela pequena extensão, rotina pacata e baixos índices de criminalidade. Em 2016, foi realizada reportagem pelo Jornal Extra, apontando a cidade de Engenheiro Paulo de Frontin como uma das únicas duas do Estado onde não se registrou roubo no primeiro semestre daquele ano – à contramão da Baixada Fluminense, mais próxima à capital, cujas delegacias registraram milhares de crimes no mesmo período.

Apesar da diminuta ocorrência de delitos mais graves, como aqueles impetrados contra a pessoa e contra o patrimônio, o tráfico de drogas se mostra presente no Sul Fluminense. Em acesso a dados obtidos junto ao Cartório da Vara Única da Comarca de Mendes, em 03 de outubro de 2018, o acervo geral contabilizava 308 (trezentos e oito) processos criminais, incluindo os de competência do Júri; dentre esses, 75 (setenta e cinco) eram ações penais referentes ao tráfico de drogas e condutas afins, o que representa 25,34% sobre o total dos processos-crime. É isolada, a conduta denunciada mais recebida pelo Juízo local. Em seguida vieram o furto simples, com 32 (trinta e dois) processos e 10,81% sobre o total, o furto qualificado, com 23 (vinte e três) processos e 7,7%, e o roubo, com 10 (dez) processos, representando 3,38% do total.

Também foram obtidas as estatísticas, na mesma cidade, de processos criminais distribuídos antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006. No período de uma década, entre 01 de agosto de 1996 e 01 de agosto de 2006 – antes da vigência da referida lei –, o número de processos de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, encontrado pelo sistema, foi de apenas 13 (treze). Já entre 01 de janeiro de 2008 e 01 de janeiro de 2018, estando em vigência a Lei de Drogas, foram distribuídos e redistribuídos 209 (duzentos e nove), representando 12,32% sobre o total. Mesmo num intervalo de tempo idêntico, esses números revelam um gigantesco aumento de ações penais cuja causa é a rigidez da lei e cuja consequência é uma maior quantidade de condenados – o que, no entanto, não é capaz de solucionar os problemas referentes à criminalidade e à segurança pública.

Em Volta Redonda, maior cidade da região, a contagem aumenta. De acordo com informações conseguidas junto ao Cartório da 1ª Vara Criminal, no mês de setembro haviam 2.700 (dois mil e setecentos) processos no acervo. Desses, aproximadamente 600 (seiscentos) eram de tráfico: uma enorme quantidade, mesmo com o procedimento mais rápido característico dessa ação, que põe término ao processo com mais agilidade que os demais. A população da cidade é consideravelmente maior que a do outro município citado: Volta Redonda possui cerca de 272 mil habitantes, segundo estatística do IBGE em 2018.

É importante ressaltar que a maior parte desses números e proporções dizem respeito à conduta descrita no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que é a mais denunciada. No entanto, existem outras condutas previstas na lei que constantemente também são alvo de denúncias, como a do artigo 28, referente ao consumo pessoal.

## 5. Criminologia e minimalismo penal

É evidente que a pena deve guardar proporcionalidade com o crime cometido. Assim já entendia um representante do iluminismo penal, ao ressaltar que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 1764).

Em paralelo a esse entendimento, cabe falar sobre o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, para o qual o Direito Penal somente é legítimo para atuar nos casos em que há violação dos bens jurídicos mais importantes. Isto é, não sendo o caso de tamanha gravidade que faça jus à incidência do *jus puniendi*, o problema poderá ser resolvido diante de outras esferas do Direito. Assim, fica entendido que a pena, além de ser proporcional ao crime, deve ser aplicada somente às condutas que resultem em lesão aos bens jurídicos mais relevantes.

Nesse interim, é conveniente dissertar sobre a corrente teórica do minimalismo penal, que prega a máxima redução do sistema penal, aceita a pena de prisão para casos de grande gravidade e defende a adoção de penas alternativas aos casos mais simples. Exponentes dessa área consideram que a intervenção excessiva do sistema penal causa ilusão de segurança jurídica (ZAFFARONI, 1991), o que parece óbvio diante dos enormes índices de criminalidade – apesar da inflação legislativa penalista.

A Constituição proíbe expressamente penas cruéis, perpétuas e de morte, bem como já são previstas, pela legislação, formas alternativas de solução de conflitos. Contudo, o problema aqui abordado centra-se na questão daquelas condutas que são constituídas como crime – mas que não deveriam ser. Nesse sentido, cabe voltar ao princípio da intervenção mínima, que deve

sempre ser o norte do Direito Penal. Não há motivo para classificar como delito a simples mercancia de substâncias entorpecentes, visto que diversos outros produtos também causam prejuízos à saúde mas são comercializados de maneira legal; a resposta, contudo, não é criminalizar a venda desses últimos, mas legalizar a dos primeiros. É de enorme incoerência um sistema penal que pune – e pune com vigor – a comercialização de produtos selecionados com arbitrariedade pela mentalidade atrasada e discricionária do legislador.

O Direito Penal deve ser reservado à tipificação de homicídios, estupros, latrocínios e demais condutas realmente lesivas à sociedade. Não cabe ao sistema penal voltar atenção aos chamados “crimes sem vítima”; logo, deixa de subsistir fundamento para a criminalização do comércio de entorpecentes e, conseqüentemente, para a própria política criminal de drogas.

## **6. Propostas e soluções**

Em 1971, o Presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, anunciou o combate ao que ele considerava o “inimigo público número um” do país. O anúncio deu início à guerra às drogas e a medida foi duramente criticada pelo economista Milton Friedman, vencedor do Prêmio Nobel, que via na nova política diversas semelhanças com a fracassada Lei Seca implementada nos anos 1920.

Alguns países ao redor do mundo adotam políticas mais eficientes no que tange à questão das drogas. Exemplo nítido é o de Portugal, que descriminalizou o consumo em 2001 e possui um modelo que é referência global quanto à queda da violência e ao tratamento dos dependentes químicos. Abrangendo um rol de entorpecentes além da maconha, o modelo português é famoso por admitir o porte diário de dez doses de qualquer droga. Embora a comercialização ainda seja coibida, o legado de Portugal é importante para entender um primeiro ponto a respeito das substâncias entorpecentes: é uma questão de saúde pública. Em respeito aos milhares de dependentes químicos que passaram por tratamento desde o processo de descriminalização, o modelo português deve ser encarado com a seriedade que merece.

Outro caso que merece atenção, inclusive por ser geograficamente mais próximo e culturalmente mais semelhante com o Brasil, é o do Uruguai. O país legalizou a maconha, até mesmo a plantação individual, e o modelo uruguaio resultou em números razoáveis, como a queda de 18% no índice de crimes relacionados ao tráfico. Não é uma lei excelente, tampouco ideal, eis que manteve uma enorme burocracia – a produção da substância é controlada pelo Estado – mas é, sem dúvidas, avançada em relação à política adotada no Brasil. Além disso, o exemplo uruguaio faz cair por terra a falácia de que “os brasileiros não estão preparados para isso”, já que ambos são países latino-americanos, com realidades similares.

Tendo em vista os exemplos citados, além de toda a problemática abordada ao longo do trabalho, a solução para o problema das drogas no Brasil

passa, essencialmente, pela descriminalização. Como tentado demonstrar, a proibição tropeça em dilemas éticos e a rigidez da Lei nº 11.343/2006 não resulta em efeitos práticos positivos. É urgente encarar a questão das drogas como questão de saúde pública, tal qual em Portugal, e também de segurança pública, haja vista a relação entre criminalização e violência abordada neste texto. E, fazendo ressalvas aos modelos português e uruguaio, o Brasil precisa adotar uma política que descriminalize não só a maconha ou o consumo dessa, sem impor barreiras burocráticas que atinjam fins diversos dos pretendidos; é necessário, sim, haver controle estatal – por ser um assunto de interesse direto do Estado, já que se trata de saúde e segurança públicas – mas sem excessos por parte dos agentes públicos.

Cabe ainda, por último, ressaltar um caso pouco conhecido: o do México, que legalizou as drogas por seis meses em 1940. Levada a cabo pelo Regulamento Federal da Toxicodependência, a descriminalização de drogas como maconha, cocaína e heroína foi considerada promissora e os usuários compravam pequenas quantidades de droga sob supervisão médica e mediante o preço de mercado. Consequentemente, o narcotráfico sentiu impactos, perdendo força e dinheiro. No entanto, no mesmo ano a legislação foi anulada em virtude de problemas referente ao desabastecimento causado pela segunda guerra mundial e pela suspensão da exportação por parte dos EUA. O médico Leopoldo Salazar Viniestra, precursor do modelo mexicano, dedicou anos de sua vida ao estudo do assunto e entendeu o que, quase um século depois, ainda é tabu no Brasil: não há relação entre dependência química e criminalidade. Ele também entendeu que o mercado ilegal é causado justamente pela proibição, por entregar de bandeja aos traficantes um gigantesco mercado consumidor.

É lamentável saber que, a despeito da existência de vozes sensatas que no século passado já alertavam sobre o risco da proibição, como Viniestra e Friedman, a América se tornou o continente do narcotráfico. Foi justamente a guerra às drogas que deu origem a Pablo Escobar e Fernandinho Beira-mar.

## Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2015.

CALEIRO, João Pedro. Por que legalizar as drogas, segundo um economista liberal. **Exame**. 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/por-que-legalizar-as-drogas-segundo-um-economista-liberal/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CARVALHO, Jonatas. **A produção de leis e normas sobre drogas no Brasil: a governamentalidade da criminalização**. In: XXVI SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. 2011, São Paulo, 2011.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

COLOMBO, Sylvia. Uruguai tem queda nos crimes do narcotráfico após lei da maconha. **Folha de S.Paulo**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/01/1949895-uruguai-tem-queda-nos-crimes-do-narcotrafico-apos-lei-da-maconha.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2018.

GAYOSO, Lucas. Ao lado da Baixada Fluminense, um lugar onde a violência não tem abrigo. **Extra**. 2016. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/ao-lado-da-baixada-fluminense-um-lugar-onde-violencia-nao-tem-abrigo-20142424.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MENDES, Oro. 14 anos após descriminalizar todas as drogas, é assim que Portugal está no momento. **Awebic**. 2018. Disponível em: <<https://awebic.com/democracia/como-portugal-descriminalizou-as-drogas-e-e-um-exemplo-para-o-mundo/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SMITH, Benjamin. El año en el que México legalizó (brevemente) las drogas. **BBC**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-43670179>>. Acesso em: 15 out. 2018.

VELASCO, Clara e cia. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. **G1**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-traffic-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

## A conjuntura do sistema prisional feminino e os impactos do HC nº 143.641

Gabriela Silva Medeiros<sup>1</sup>  
Mariana Caitano Polegario Lima<sup>2</sup>

### Resumo:

O aumento da população carcerária feminina no País suscita reflexões acerca da realidade da mulher nos presídios, marcada pelo descumprimento dos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal. Nesse viés, o trabalho buscará analisar, por meio de revisão bibliográfica, a condição das mulheres, abordando os impactos trazidos pelo *habeas corpus* coletivo, tendo por baliza o diálogo necessário com a gramática de direitos humanos.

### Palavras-chave:

Mulheres encarceradas. Inconstitucionalidade. Princípios fundamentais. HC nº 143.641.

---

<sup>1</sup> Discente do 4º período de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda (UFF/VR). Membro pesquisador do grupo de pesquisa Direito no Cárcere da Universidade Federal Fluminense.

<sup>2</sup> Discente do 4º período de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda (UFF/VR). Membro pesquisador da Liga Acadêmica de Direito da Universidade Federal Fluminense (LADI–UFF/VR).

## 1. Introdução

A decadência do sistema carcerário e sua ineficiência para os fins almejados não são nenhuma novidade. Ainda, a situação se torna mais gravosa quando analisado o sistema carcerário feminino, que, apesar das peculiaridades ínsitas ao gênero e principalmente pela maternidade, tem sido tão somente uma (re)adaptação do masculino. Por tais razões, somadas à seletividade e ao machismo do Direito Penal Brasileiro, será proposto um debate crítico acerca das causas que tornaram o *habeas corpus* coletivo nº 143.641 imprescindível, tendo em vista seus impactos gerados em âmbito nacional.

Ademais, o presente trabalho se presta a uma análise do reconhecimento de inconstitucionalidade da realidade carcerária, pelo julgamento do STF da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, apontando dispositivos legais que são nitidamente ignorados ante a inércia legislativa e social. Nesse sentido, busca-se mostrar a importância de se estudar formas alternativas para o tratamento das presas, dado que o atual sistema acarreta impactos negativos que vão além da pessoa privada de liberdade.

Para isso, entende-se como recurso racional tornar a Escola Garantista, de Luigi Ferrajoli, alicerce do sistema penal. Uma vez que, ao punir o agente transgressor respeitando seus direitos constitucionalmente previstos e enxergando-o como um fim em si mesmo, é possível alcançar a justiça. Portanto, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, pretende-se inferir a importância de decisões como aquela exarada no *habeas corpus* concedido pelo STF.

Não obstante o analisado, cabe também questionar se os problemas que motivaram a concessão de tal remédio estão evidentes. Afinal, será que a pretensão de tornar o sistema carcerário legítimo e garantista é real ou apenas uma ficção?

## 2. Garantismo de fachada

Para que se possa iniciar uma discussão coerente acerca da realidade carcerária brasileira, necessário se faz lembrar o ponto de vista da Escola do Garantismo Penal, idealizada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, que traz importantes proposições para a revisão de um sistema penal falido, pautando-se sempre na Constituição (BRANCO, 2013).

Tal corrente prega o mínimo afronto necessário ao direito da pessoa privada de liberdade, sendo compatível, pois, com o Estado Democrático de Direito, uma vez que defende uma Constituição harmônica com os direitos humanos como base para se alcançar um sistema penal legítimo.

Além disso, o garantismo sustenta a sobreposição dos direitos individuais à vontade da maioria, não podendo eles serem suprimidos em prol

do "bem comum". Por conseguinte, o combate ao direito penal do inimigo se torna imprescindível, visando a afastar a penalização do indivíduo em decorrência de suas características sociais ou culturais (MACHADO, 2018).

Verifica-se, portanto, que a filosofia garantista (partindo-se do pressuposto de que o Garantismo não se trata de uma ciência, já que possui caráter subsidiário e não substitutivo aos demais ramos do Direito) se sustenta na ideia de que deve haver a mínima ingerência ou a mínima lesão, por parte do Estado, na utilização de suas atribuições punitivas. Essa intervenção mínima se aplica tanto com relação à elaboração da lei e sua incidência na vida dos indivíduos, como com relação à aplicação dela pelo Estado Juiz. (OLIVEIRA, 2014, s.p.)

Paradoxalmente, convém destacar o retrocesso brasileiro alcançado, em 2016, ao atingir o marco de quarta maior população carcerária feminina do mundo, com um aumento de 680% desde 2000, adquirindo um total de 42,3 mil mulheres privadas de liberdade, segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) e do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Não restam dúvidas de que esse crescimento exacerbado é estarrecedor. Isso porque, no que diz respeito ao universo feminino, a situação carcerária se agrava, tendo em vista que não existem unidades prisionais femininas capazes de suportar a demanda existente, fazendo com que muitas delas sejam apenas readaptações dos presídios masculinos. Dessa forma, as necessidades de gênero são apartadas, sobretudo, no que se refere à maternidade, sendo ela massacrada perante um sistema penitenciário oneroso e de políticas precárias que não objetivam a promoção da dignidade humana.

Há de se destacar que a atual condição calamitosa do cárcere feminino deriva do ranço histórico patriarcal sobressalente na cultura brasileira, haja vista que a mulher sempre foi associada a uma imagem doméstica e submissa, sendo, inclusive, considerada inimputável até meados do sec. XX devido à condição do próprio sexo (OSORIO; ALBUQUERQUE; GOULART; 2017).

Esse cenário fez com que a lógica do sistema penal se voltasse à figura masculina, configurando apenas o homem como um potencial transgressor, dado que as mulheres eram vistas como frágeis, e, por consequência, com baixa propensão à prática de delitos. Ainda, quando os praticavam, geralmente o motivo era associado às mudanças hormonais das criminosas, sendo elas levadas às casas de correção (BIANCHINI, 2011).

Embora atualmente a mulher venha conquistando espaço e direitos, atuando em diferentes áreas, ela continua sendo subjugada pela sociedade e duplamente culpada, tendo em vista que



além de estar transgredindo uma norma penal – elaborada majoritariamente por homens –, a mulher também se encontra violando o lugar dedicado a ela na sociedade, deturpando o papel de passividade, aliado ao mito do instinto materno e da esperada performance de feminilidade. Ou seja, a carga social e cultural desta pena busca, sob o pretexto ressocializador e através do slogan da recuperação, a purgação dos pecados cometidos, recaindo sob a mulher não apenas de forma a sancioná-la e apontá-la como criminosa, mas também de modo a rotulá-la como fracassada, como má mãe, como puta. (OSORIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017, s.p.)

Nesse ínterim, mesmo havendo regras específicas que regulamentam a condição da mulher no cárcere, como o art. 5º, XLVIII, da CF, que prevê o cumprimento da pena em estabelecimento que respeite o sexo do apenado e a LEP que impõe a necessidade de berçários nos estabelecimentos prisionais femininos (art. 83, §2º), além de creches para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (art. 89); o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) declarou que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário ou centros de referência materno-infantil. Em relação às creches, apenas 3% das unidades prisionais declaram a existência desse espaço.

O que se nota, destarte, é uma realidade bem distante do mínimo ideal, com UMI's (Unidades Materno-Infantis) ausentes ou precárias em sua maioria. No livro "Presos que Menstruam" da autora Nana Queiroz, destaca-se a existência de filhos do cárcere. A escritora conta casos em que a convivência com a violência policial, a insalubridade das celas e a segregação social fizeram com que crianças desde cedo apresentassem sinais de introspecção e outros problemas bio-psicológicos.

Por outro lado, no mesmo livro, é mencionado que, no primeiro ano de idade, a relação mãe-filho é simbiótica e é menos danoso nascer preso a ser separado da mãe assim que nasce. É o caso de Cássia que, conforme é relatado, nasceu em uma Unidade Materno Infantil do Rio Grande do Sul:

Cássia era uma menina arredia, distante, que chorava muito e não gostava de interagir com ninguém. Sua existência era limitada àqueles poucos metros quadrados e ela não conhecia a própria família. [...] Dez meses depois, finalmente, a direção do presídio resolveu colaborar para que ela entrasse em contato com seus parentes. A pequena Cássia, então, conseguiu sair em seu primeiro passeio com a avó. [...] A mãe ficou boquiaberta com a filha que recebeu de volta. Agora,

Cássia pede colo para as outras presas e carcereiras, aprendeu a bater palminhas e sorri de maneira gratuita e espontânea. (QUEIROZ, 2015, p. 115 e 116)

Percebe-se, então, que, além de haver uma nítida denegação dos direitos fundamentais das mulheres, seus filhos também são penalizados, constatando-se uma "transindividualização" da pena e, por consequência, uma opugnação ao art. 5º, XLV, da CF, que dispõe sobre o Princípio da Intranscendência da Pena.

Afinal, em virtude do desrespeito às diferenças de gênero, quando uma mulher é presa, em grande parte das vezes, os filhos vão para abrigos, ficam abandonados e pior: aquelas que foram encarceradas ainda gestantes ficam com os filhos até os seis meses, criando, em todas essas situações, um ambiente inóspito e desfavorável para o crescimento e socialização de um indivíduo. Logo,

devido à posição central familiar que é assumida por diversas mulheres que são apenadas, ao afastar a mulher do âmbito familiar, este se esfacela. Segundo o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino: 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais quando a mãe é presa, enquanto quase 90% dos filhos de presos homens permanecem sob os cuidados da mãe. (OSORIO; ALBUQUERQUE; GOULART, 2017, s.p.)

Para ressaltar ainda mais o descaso das autoridades frente aos direitos massacrados das mulheres, cabe lembrar as Regras de Bangkok, que estabelecem regras mínimas para mulheres presas a fim de atender as necessidades de gênero.

Mesmo o Brasil adotando essas recomendações, devendo seguir diretrizes que primam pela humanização do sistema e pelas necessidades especiais geradas pela maternidade (CERNEKA, 2012), sua aplicação é quase uma utopia, tendo em vista a falta de infraestrutura, a ausência de políticas públicas favoráveis e a visão social dominante que enxerga a prisão como uma punição da mulher que não se adequa ao padrão de docilização esperado, não importando a quais condições ela é submetida (DUARTE; GIVISIEZ, 2017).

Diante desse cenário, imperioso se faz notar que, mesmo a Constituição carregando, na sua essência, o garantismo penal teorizado por Luigi Ferrajoli – pregando a limitação do poder punitivo, defendendo o direito penal como *ultima ratio*, além de sujeitá-lo ao conteúdo dos direitos fundamentais, concretizando, dessa forma, um Estado Democrático de Direito – o que se realiza, na prática, é uma política criminal paliativa que prefere aprisionar o delinquente em vez de buscar medidas menos lesivas capazes de

ressocializar efetivamente o indivíduo infrator e oferecer novas oportunidades. Sendo assim,

o encarceramento massivo e crescente de mulheres ganha inteligibilidade como produto de uma política criminal que recorre à prisão como principal resposta estatal ao conflito com a lei e abusa de sua modalidade preventiva; de uma política de segurança pública que logra alcançar os mais vulneráveis; de uma política de drogas cuja rigorosa legislação, apesar de formulada em termos neutros e abstratos, atinge as mulheres draconianamente, reforçando sua vulnerabilidade e a de sua família. (ALMEIDA; ANGOTTI; OLIVEIRA; FERREIRA, 2018, s.p.)

A impressão que fica ao estudar o sistema carcerário, sobretudo o feminino, é que a sociedade é gerida de forma a produzir calamidades e injustiças, na medida em que todas as consequências desses problemas desaguam na prisão.

### **3. *Habeas corpus* coletivo: uma possível "solução" do problema?**

Ainda que devagar, são perceptíveis algumas mudanças visando melhorar o ambiente prisional feminino como uma tentativa de diálogo com os direitos humanos. Prova disso foi o Estatuto da Primeira Infância, Lei n. 13.257/2016, que, buscando garantir condições adequadas para mulher e seu filho durante a execução penal, alterou o art. 318 do CPP, permitindo a conversão da prisão preventiva pela domiciliar quando se tratasse de gestante (a qualquer tempo) ou mulher com filho até doze anos de idade.

No entanto, referida alteração não implicou na imediata conversão da prisão, sendo necessário que o magistrado avaliasse as condições individuais de cada mulher presa. Pode-se dizer que "o Estatuto da Primeira Infância não criou um direito subjetivo à mulher presa: o verbo "poderá" não deve ser interpretado como "deverá", trazendo assim uma faculdade, e não uma obrigação, para o juiz." (GHIRALDELLI; SANTOS, 2017, s.p.)

Ante esse quadro, muitas mulheres ainda continuavam sob a condição adversa do cárcere, não sendo beneficiadas pela alteração legislativa. Cabe lembrar, neste ponto, que a prisão preventiva, por ocorrer antes do trânsito em julgado, tem caráter excepcional. Por conseguinte, muitas mulheres não atingidas pela mudança, por dependerem da avaliação judicial, estavam presas sem serem realmente culpadas; ou seja, a exceção (prisão preventiva) passou a ser uma regra, submetendo mulheres, gestantes ou com filhos, a situações degradantes e colocando em risco a vida de seus filhos.

A confluência de todos esses elementos demonstra que o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, caracterizada pelo recurso abusivo à prisão cautelar, por suas ações e omissões, incrementa o risco de todas as gestações vividas em situação de privação de liberdade, de todos os partos experimentados nesse contexto, do todo puerpério. Além de oferecer espaços superlotados, insalubres e desequipados, o Estado falha sistematicamente em garantir serviços adequados de saúde materna às mulheres privadas de liberdade. Frustra assim demandas de saúde específicas de mulheres e, dado que a ausência desses serviços oferece riscos reais à sobrevivência, como demonstram as altas taxas de mortes maternas no Brasil, viola também seu direito à vida. Ameaça, ademais, a vida e o desenvolvimento saudável de crianças, titulares, em tese, de absoluta prioridade, pela sujeição a um ambiente inadequado, pela privação do acesso à saúde e ao convívio familiar. (ALMEIDA; ANGOTTI; OLIVEIRA; FERREIRA, 2018, s.p.)

De toda sorte, reconhecendo as contradições e as inconstitucionalidades presentes no ambiente carcerário, assim como uma política criminal discriminatória, foi concedido o *habeas corpus coletivo* nº 143.641 impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), no ano de 2016, em razão do caso da Adriana Ancelmo – ex-primeira dama do estado do Rio de Janeiro que, em virtude da operação Calicute do MPF, teve decretada sua prisão preventiva; todavia, esta foi substituída pela domiciliar sob escusa de que a criação dos filhos seria dificultada.

Conquanto essa substituição tivesse embasamento legal, infelizmente apenas ratificou a seletividade do sistema penal, tendo em vista que grande parte das mães que cumprem prisão preventiva não tem acesso nem mesmo a notícias de onde seus filhos estão, indo contra as Regras de Bangkok que estabelecem que as mães devem dispor sobre o destino de seus filhos. Assim sendo, vale ressaltar que a seletividade se concretiza de duas formas: primeiro, a legislação cria tipos que criminalizam um setor social; e segundo, o sistema penal efetivamente pune mais rigorosamente este grupo, gerando a cifra dourada (CAPELLARI, 2018).

Resta então que se enraíza, na sociedade, um senso comum que criminaliza a população mais pobre, quando, na verdade, esse grupo não é o mais tendencioso ao crime, embora seja o mais punido. Isto é, os crimes com maiores penas cominadas em abstrato são aqueles praticados pela população mais pobre, quais sejam o tráfico de drogas e os crimes patrimoniais (GANEN, 2017).

Destarte, o que se nota, novamente, é uma afronta à Constituição no que tange ao princípio da igualdade, previsto no art. 3º, IV. Afinal, a igualdade se restringe ao campo formal, sendo incapaz de garantir igualdade material efetiva, já que parte da população sofre com um fenômeno de encarceramento em massa. Cabe destacar, nesse sentido, os ensinamentos do professor Alessandro Baratta:

O Direito Penal, como instrumento do discurso de (re)produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes, imunizando de sua intervenção condutas características de seus integrantes, e dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas, dos socialmente aliados e marginalizados (BARATTA, 2002 *apud* LIMA, 2015)

Ao encontro do que ensina Baratta, constata-se a presença de um Sistema Penal insidioso, isso porque, considerando o grande número de tipos previstos na legislação brasileira, é problemático garantir uma punição efetiva. Nessa perspectiva, como a necessidade de garantir a Segurança Pública se mostra urgente, o Estado cria mecanismos a fim de “mostrar serviço”. Todavia, a grande questão é que será sempre mais fácil punir os crimes simples cometidos pela população pobre a investigar aqueles que envolvem pessoas com status social, práticas de suborno e ameaças – os chamados crimes complexos.

Por conseguinte, tem-se que a seletividade penal tende a ser um empecilho para a concretização de muitos princípios que deveriam ser norte do direito de *ultima ratio*, dado que se pretende dispor de um poder que não existe, enquanto outro, imbuído de estigmatização, marginalização, preconceito e distante dos pilares humanitários, é aplicado (ZAFFARONI, 2010).

Posto isso, o CADHu decidiu ingressar com o *habeas corpus* coletivo em nome de todas as mães que não tiveram seu acesso à justiça garantido, abarcando, desse modo, todas as mulheres em prisão preventiva que fossem gestantes, puérperas ou mãe de crianças até doze anos, sendo tal ordem estendida às mães adolescentes em medidas socioeducativas e mães com filhos com deficiência, independente da idade.

A decisão favorável do HC, além de ser histórica, por ser a primeira vez em que o STF reconheceu um *habeas corpus* coletivo, também estabelece a aplicação do Estatuto da Primeira Infância, não havendo mais necessidade das avaliações individuais, visto que, com a decisão, todas as mães com filhos até 12 anos e gestantes passam a ter a prisão domiciliar concedida, excetuando-se casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou situações excepcionalíssimas a serem justificadas pelo juiz.

O *habeas corpus* nº 143.641, sem dúvidas, está consoante a uma tendência constitucionalista e internacional de tornar o sistema penal adequado às necessidades contemporâneas, em especial, às diferenças de gênero que, se ignoradas, acarretam na punição ilegítima de crianças. Sendo assim, é possível falar de uma revalorização do já citado princípio da intranscendência.

No mais, percebe-se que o que falta para algumas melhorias mínimas no sistema carcerário são medidas de política criminal, muitas vezes óbvias, apontadas por criminólogos e sociólogos, que poderiam diminuir o gasto nos presídios femininos, reduzir a necessidade de ações de reparação para famílias em estado de miséria e, ainda, aumentar as chances das crianças, que são alvo dessa desestruturação, terem uma família planejada, educação acessível e o mínimo para um desenvolvimento saudável.

Por outro lado, não adianta apenas discutir tais alternativas no âmbito teórico, deve-se focar, sobretudo, na aplicabilidade. Afinal, como já apontado em algumas partes deste artigo, o Brasil tem inúmeras leis que garantem e reforçam a proteção das mulheres encarceradas. A própria Constituição Federal, com sua essência garantista, reafirma princípios que objetivam a promoção da dignidade da pessoa mesmo quando encarcerada.

Todavia, mesmo o HC vinculando as mulheres em âmbito nacional, ainda há resistência dos órgãos do Poder Judiciário em concederem a prisão domiciliar. Segundo a Revista Consultor Jurídico, o fato do STF vedar a concessão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 para mães que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em "situações excepcionálissimas", fez com que uma brecha fosse aberta. Sendo assim, vários juízes têm negado os pedidos, justificando que se trata de uma situação excepcionálíssima.

No Rio de Janeiro, a 1ª Câmara Criminal considerou melhor "manter a prisão preventiva da paciente em benefício das próprias crianças, evitando-se que elas sejam colocadas em situação de risco".

Como ela foi flagrada com uma conhecida enquanto transportava 82,5 kg de maconha no porta-malas de um carro, em viagem para Mato Grosso do Sul, os desembargadores viram "incompatibilidade entre o interesse da mãe em recolher-se em seu domicílio (do qual se ausentou por diversos dias, para transportar drogas) e o interesse público em zelar pela ordem pública". (VITAL, s.p.)

Referidas informações só demonstram o preconceito em todo sistema penal, que possui raízes do patriarcalismo, cultivando magistrados que julgam

conforme seus juízos de valor ao invés de respeitarem os direitos inerentes às mulheres.

Embora o *habeas corpus* possa ser visto como uma tentativa de mudança, a sua não aplicabilidade pelos tribunais brasileiros reforça a negação de um sistema garantista e a falência do sistema carcerário brasileiro marcado pela inconstitucionalidade e massacre aos direitos humanos, como apontou o STF ao declarar o estado de coisas inconstitucional relativo ao cárcere brasileiro.

#### 4. Conclusão

Ante o cenário catastrófico do encarceramento brasileiro, não restam dúvidas acerca da onerosidade do sistema prisional feminino. O próprio julgamento social somado à ausência de espaços para criação de seus filhos e à falta de assistência, seja profissional ou familiar, geram a dupla penalização da mulher que, além de ser punida pela prática de um delito, também o é pela condição do próprio sexo.

Como pode ser observado, a herança patriarcal ainda perdura no Judiciário e na mentalidade de muitos brasileiros, que preferem ignorar os dispositivos constitucionais que versam sobre os direitos e a dignidade da mulher presa em prol de um juízo de valor.

A inaplicabilidade do Estatuto da Primeira Infância, quando da sua entrada em vigor em 2016, e as escusas para afastar a aplicação do HC nº 143.641 só demonstram o desprezo das autoridades em concretizar uma penalização consciente às mulheres infratoras.

Mesmo que o *habeas corpus* coletivo tenha sido um marco por mostrar que o Supremo Tribunal Federal reconhece a inospitalidade do cárcere feminino, a inércia dos demais órgãos do Poder Judiciário em concedê-lo constata que ainda há um longo caminho para a real efetivação dos direitos das mulheres e o respeito ao gênero

Sendo assim, a lição que fica é a imprescindibilidade de mais medidas como a concedida pelo STF para reduzir os problemas que permeiam o sistema prisional. Penas alternativas, bem como a descriminalização de infrações sem grande potencial ofensivo devem ser analisadas de maneira a obter melhores consequências sociais. O *habeas corpus* deve ser lido como um incentivo à redução da desordem familiar e à consciência sermos a quarta maior população carcerária feminina do mundo.

## Referências

ALMEIDA, Elóisa Machado de; FRAGOSO, Nathalie; ANGOTTI, Bruna; OLIVEIRA, Hilem; FERREIRA, André. **Pela liberdade de mulheres e crianças – apontamentos sobre o habeas corpus coletivo n.º 143. 641**. Disponível em:

<[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6154-Pela-liberdade-de-mulheres-e-criancas-apontamentos-sobre-o-habeas-corpus-coletivo-no-143-641](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6154-Pela-liberdade-de-mulheres-e-criancas-apontamentos-sobre-o-habeas-corpus-coletivo-no-143-641)>. Acesso em 05 ago, 2018.

BALERA, Fernanda Penteadó; CERNEKA, Heidi Ann; GUELLER, Pedro. **Documentário “Mães do cárcere” traz relatos de mulheres que perderam seus filhos ao serem presas**.

Disponível em: <<http://itc.org.br/documentario-maes-carcere-traz-relatos-mulheres-perderam-seus-filhos-ao-serem-presas/>>. Acesso em 31 jul, 2018.

BIANCHINI, Alice. **O crescente aumento do papel da mulher no universo criminal**.

Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814124/o-crescente-aumento-do-papel-da-mulher-no-universo-criminal>>. Acesso em 05 ago, 2018.

BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. **Garantismo Penal**. Disponível em:

<<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em 05 ago, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 ago, 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 05 ago, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de habeas corpus nº 143.641**. Rel.: Min.

Ricardo Lewandoski, julgado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 05 ago, 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.257, DE 8 DE MARÇO DE 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em 05 ago, 2018.



CAPELLARI, Mariana. **Você sabe o que é seletividade penal e o que ela produz?**

Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/seletividade-penal-produz/>>.

Acesso em 12 out, 2018.

CERNEKA, Heidi Ann. **Regras de Bangkok – Está na hora de fazê-las valer!** Disponível em:

<<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>>. Acesso em 31 jul, 2018.

DUARTE, Thais Lemos; GIVISIEZ, Fernanda Machado. **Cárcere feminino: mecanismo de docilização de mulheres “desviantes”.** Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/05/carcere-feminino-mecanismo-de-docilizacao-de-mulheres-desviantes/>>. Acesso em 05 ago, 2018.

GANEM, Pedro Magalhães. Seletividade penal e a elaboração das leis. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/seletividade-penal/>>. Acesso em 12 out, 2018.

INFOPEN MULHERES. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 2ª edição.

LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal.**

Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9313/O-principio-da-igualdade-e-a-seletividade-no-direito-penal>>. Acesso em 12 out, 2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Garantismo penal e investigação criminal: um diálogo necessário.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/academia-policia-garantismo-penal-investigacao-criminal-dialogo-necessario>>. Acesso em 18 jul, 2018.

MAIA, Gustavo. **Em habeas corpus coletivo STF concede prisão domiciliar a mulheres grávidas e mães presas.**

Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/20/em-habeas-corpus-coletivo-stf-concede-prisao-domiciliar-a-mulheres-gravidas-e-maes-presas.htm>> Acesso em 19 jul, 2018.

OLIVEIRA, Thiago Francisco Borges de. **Noções elementares sobre o garantismo penal.**

Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo\\_nocoas-elementares-sobre-o-garantismo-penal,50764.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_nocoas-elementares-sobre-o-garantismo-penal,50764.html)>. Acesso em 19 jul, 2018.

OSORIO, Fernanda Correa; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Dominique Assis.

**O sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere.** Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5913-O-sistema-prisional-construido-sob-a-logica-masculina-e-as-violacoes-contr-a-mulher-em-situacao-de-carcere](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5913-O-sistema-prisional-construido-sob-a-logica-masculina-e-as-violacoes-contr-a-mulher-em-situacao-de-carcere)> Acesso em 05 ago, 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos Que Menstruam.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

STF. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** Disponível em:

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 19 jul, 2018.

VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>>. Acesso em 11 ago, 2018.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das Penas Perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

## **Candomblé: uma reflexão crítica a respeito do sectarismo religioso**

Camila Oliveira de Souza<sup>3</sup>  
Izabella Nery Pignata Bonfim<sup>4</sup>  
Laryane Vicente de Campos<sup>5</sup>

### **Resumo:**

O presente artigo busca maior compreensão sobre a religião do Candomblé. De origem africana, é alvo de diversas críticas oriundas da intolerância e preconceito que permeia nossa sociedade desde o período da escravidão. Assim, o objeto desta pesquisa se perfaz na tentativa de trazer para a luz o que há séculos é ocultado. As informações obtidas têm como fonte os diálogos realizados com mulheres adeptas às religiões de matriz africana, e outros recursos.

### **Palavras-chave:**

Candomblé. Religião. Racismo. Intolerância.

---

<sup>3</sup> Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda.

<sup>4</sup> Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda e Membro da Liga Acadêmica De Direito da UFF-VR.

<sup>5</sup> Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda; membro do Grupo de Estudo em Meio Ambiente e Direito – GEMADI; e membro da Liga Acadêmica De Direito da UFF-VR.

## 1. INTRODUÇÃO

Por definição, religião consiste na crença da existência de um poder ou princípio superior e sobrenatural, do qual depende o destino do ser humano e ao qual também se deve respeito e obediência. A religião aqui abordada tem, pelo menos teoricamente, o resguardo na Constituição Federal de 1988, que prevê o direito fundamental à liberdade de crenças e cultos em seu artigo quinto.

Estipula-se que,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988)

Dessa forma, a própria norma constitucional prescreve as características de laicidade, separa-se o Estado da Igreja, garantido, portanto, o livre exercício de escolha – tanto de seguir uma atividade religiosa ou não.

Contudo, na prática, tais direitos não são efetivados. Apesar de ser uma sociedade composta por diversas etnias e marcada pela pluralidade cultural, é evidente o preconceito e aversão com religiões de matriz africana. Para esta análise, é necessário compreender a origem da questão, por isto se remonta ao período escravocrata, onde desde o Brasil Colônia – quando houve o tráfico de pessoas – foi construída uma imagem demonizada dos cultos, apenas por terem origem africana.

Foram os povos negros que trouxeram os costumes de sua religião nativa para construir sua cultura e estabelecer um modo de vida semelhante ao que costumava ter. Conforme dados recolhidos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) até 2010, a população negra correspondia a 54% do país, e parte destes são adeptos da religião. Isto é, uma relativa maioria que, por preservar a tradição africana, mesmo em um país como o Brasil em que se defende a pluralidade e liberdade, ainda sofre.

Por não apresentar características embranquecidas conforme outras religiões, nesta os praticantes lidam com uma série de ataques, seja física ou verbalmente. Entretanto, grande parte deste preconceito é velado, ou mascarado como simples crítica construtiva, parte integrante do mito da democracia racial.

Outro fator que tenta silenciar as diferenças culturais existentes na escola é o mito da democracia racial, em que são apresentados alunos de culturas diferentes como se fossem iguais o que acaba contribuindo negativamente para a preservação da riqueza cultural brasileira. (SANTOS, 2014)

Neste sentido, é preciso uma análise crítica com vistas a trazer à luz os princípios e costumes do Candomblé para sua melhor compreensão, como forma de combate ao ódio e receio disseminados. Serão observadas características históricas e sociais, aliando-as às pesquisas bibliográficas realizadas, juntamente à análise legal sobre o tema da penalização dos sacrifícios de animais nos rituais religiosos, fruto de um processo histórico de desvalorização da cultura negra brasileira.

Ademais, pesquisas de campo serão realizadas com mulheres adeptas ao Candomblé. O *Omariô de Jurema*, que completa quarenta e oito anos de atividade religiosa neste ano de 2018, na cidade de Barra Mansa, localizada na região Sul-fluminense, do estado do Rio de Janeiro foi parte importante na construção do presente estudo. Patrícia, *Siá Vanjú, Mam'etu iá Nkisi do Terreiro de Candomblé de Angola*, foi a responsável por esclarecer questões práticas que envolvem o cotidiano religioso, como os impactos das Nações de Candomblé na organização da religião; a relação entre as divindades e os adeptos; as diferenças latentes entre a Umbanda e o Candomblé (para fins de delimitação do próprio estudo); a perspectiva crítica de líderes religiosas a respeito da demonização da figura de Exu e dos costumes candomblecistas, que estão diretamente ligados à intolerância religiosa.

Além deste, outra praticante da religião, Ana Gori, de São Paulo, trouxe com suas reflexões uma perspectiva diferenciada a respeito da intolerância sofrida, além de uma abordagem mais crítica quanto à existência do racismo religioso. Dessa forma, a análise se debruçará sobre as raízes da inflexibilidade no tratamento dos preceitos religiosos narrados. Abordando, inclusive, o reflexo no âmbito jurídico.

## **2. O candomblé**

Tendo em vista que uma das principais motivações da intolerância religiosa no Brasil é a falta de conhecimento da história do povo negro, que não é ensinada nas escolas, se faz necessário apresentar brevemente o que é a religião do candomblé, como se constituiu e suas principais características. Ela está totalmente ligada à identidade nacional, visto que muitas manifestações culturais são provenientes de costumes trazidos pelos africanos.

O Candomblé se constituiu na Bahia no século XIX, é uma religião brasileira de matriz africana que se formou a partir da cultura dos negros escravizados que aqui adequaram sua religião às novas condições ambientais

e sociais. Essa adaptação se fez necessária, visto que os senhores de terras interferiam diretamente na cultura desse povo, em uma tentativa de apagar seus costumes e crenças. Além disso, os colonizadores tinham o objetivo de catequizar os escravos para torná-los católicos.

Assim, para que a religião resistisse, os negros criaram uma forma de cultuar seus deuses através do sincretismo com a imagem dos santos do catolicismo. A respeito dessa problemática, Odé Kileuy e Vera de Oxaguiã pontuam que: *“o modo dos povos africanos de viver e de ver a vida se transformou, no Brasil, na religião chamada candomblé”*.

É fato que o sincretismo fora essencial no passado para a permanência dos costumes e tradições religiosas africanas. Nos dias atuais, sua disseminação já não é tão interessante, pois o Candomblé já se encontra constituído. O sincretismo nos dias de hoje, serve apenas para renegar as raízes culturais e religiosas, e é necessário que ele fique apenas como um exemplo histórico do processo de resistência da cultura negra. Na atualidade, deve-se voltar esforços para que os valores ancestrais africanos sejam afirmados no Brasil.

O candomblé surgiu no Brasil na época da escravidão. Os costumes e crenças africanas vieram junto com os negros que, por conta da imposição católica, resistiram e permaneceram com sua religião camuflada pelo sincretismo. Várias nações da África foram trazidas, e com elas uma diversidade cultural, mas estas se dispersaram pelo território brasileiro. Com o passar do tempo, para que os conhecimentos fossem conservados, por conta da opressão dos colonizadores e senhores de terra, até mesmo na constituição da religião candomblecista, foi necessário que as nações-irmãs se unissem. Fizeram isto partindo da regra básica das nações: o amor e o respeito às divindades. Essas nações também marcaram a vida dos portugueses, e ainda hoje essas influências se manifestam nos costumes brasileiros, como por exemplo as vestimentas coloridas, danças alegres e sensuais, comidas bem temperadas, o respeito e amor ao meio ambiente.

A base do candomblé é a natureza. Suas divindades – Inquices, Orixás ou Voduns – são forças energéticas que representam o poder da natureza, por meio de seus elementos: terra, água, fogo e ar. No candomblé não há a divisão do bem e do mal, e o culto a um único deus. Os Orixás possuem características humanas, com sentimentos paternos e maternos. Como qualquer outra religião, o candomblé também possui suas cerimônias, que se caracterizam pela leitura de búzios – esta consiste no estabelecimento do primeiro contato entre o Orixá e seu filho –, momentos de oferendas e iniciações dos filhos-de-santo, que são acompanhados de música, danças, comidas saborosas e alegria.

O candomblé é talvez uma das religiões mais antigas da face da Terra. Desde os primórdios do mundo, o ser humano tinha por hábito agradecer à natureza por tudo

que esta lhe proporcionava. E isto ocorria sempre através de cânticos, de danças e de oferendas sacrificiais. O homem agradecia pela chuva que dava vida à terra e que lhe proporcionava boa cultura e pasto para seus animais; pelo agasalho que cobria seu corpo; pelos alimentos e pela carne que conseguia para sustentar sua prole e por tudo o mais. Assim também é o candomblé, em que tudo que conseguimos provém da natureza! E é a ela que reverenciamos e agradecemos todos os dias e a quem recorremos em nossas necessidades! (KILEUY; OXAGUIÁ, 2009)

A designação "candomblé" possui diferentes interpretações. Uma delas se origina do termo *candombe* – podendo ser traduzido como batuque ou dança –, proveniente da nação Bantu, que é composta pelo povo da Angola. Utilizavam desta palavra para se referir às festividades, que eram consideradas profanas pelos colonizadores, mas, na realidade, eram celebrações divinas dos negros escravizados, realizadas nas senzalas nos momentos em que não estavam trabalhando. Com o tempo, o termo se modificou e denominou a religião de matriz africana que desenvolveu no Brasil, com muita resistência. É importante esclarecer, que essa designação é somente brasileira e, além disso, há variação do nome da religião de acordo com a região do país: por exemplo, na Bahia é chamada de "Candomblé", mas em Pernambuco e Alagoas, denomina-se "Xangô", no Rio Grande do Sul, "batuque", no Maranhão, "tambor-de-mina", e no Rio de Janeiro, "macumba".

Em todas as menções neste trabalho em que se relacionava a permanência da religião com a resistência do povo negro, se deu, pois, por muitas décadas, as casas de candomblé foram alvo de perseguições tanto policiais, quanto religiosas. Os locais eram invadidos de forma violenta, seus objetos sagrados eram destruídos, e apreendidos, e seus líderes religiosos eram levados presos. A igreja católica e seus adeptos também perseguiram o candomblé, e não reconheciam este como uma religião. Caracterizavam-na como uma seita demoníaca, o que representa muita ignorância e falta de conhecimento, visto que não existe a figura do demônio no candomblé, nem mesmo a divisão do bem e o mal.

Em decorrência do preconceito e da intolerância religiosa, marcada pela presença da igreja católica que sempre demonizou o candomblé, há muitos que acreditam que a mesma não se consiste em uma religião até os dias de hoje, devido aos seus costumes e tradições, como por exemplo, as oferendas às divindades em locais públicos, sem considerar o cuidado com que esta é realizada pelos que estão realmente comprometidos com a sua fé, enquanto aquelas, com caráter poluente e descuidado, se caracterizam como obra de pessoas que não são realmente praticantes dignos de serem colocados como exemplo, sendo estes minorias, conforme relato de adeptos, que devido à relação direta com a natureza só lhe oferecem o que é natural, para fins de

preservação do próprio culto. Assim, o termo religião se encaixa ao candomblé sim, pois este é a continuação da religião africana, adota os mesmos fundamentos e doutrinas.

Embora tenha sido necessária uma readaptação e reformulação para poder ter continuidade, a religião não perdeu o cerne de seus conceitos nos cultos e liturgias. Aparentemente, todas as nações que para cá foram trazidas adotaram também intervenções filosóficas e psicológicas dos índios que aqui viviam, os primeiros e verdadeiros "donos desta terra". Igualmente ao candomblé, todas estas religiões que coexistem no Brasil também precisaram sofrer algumas modificações e influências para poderem aqui se instalar. (KILEUY; OXAGUIÃ, 2009)

A partir desta reflexão, é possível absorver que como forma de fortalecer a resistência e proteção contra os opressores, os negros se uniram com os índios. Esta união teve como objeto facilitador o fato de ambos os povos cultuarem à natureza, e a considerarem sagrada.

Apesar das conquistas religiosas dos negros, nos dias atuais ainda há muita intolerância, como já foi dito. As pessoas ainda não respeitam os costumes das religiões de matriz africana, mesmo que a liberdade religiosa esteja prevista na Constituição Federal (artigo 5º, VI), amparada pelo Código Penal (artigo 208), e em alguns estados por legislação estadual – como por exemplo, o "Dia das nações do Candomblé", no Rio de Janeiro. É preciso questionar, da mesma forma que os autores do livro *"O candomblé bem explicado"*:

Se alguns têm direito de levar as pessoas para as praças ou de seguir em procissão pelo meio das ruas para fazer suas rezas, os candomblecistas e umbandistas também têm o direito de fazer seus preceitos nas encruzilhadas, nas matas, nos rios, nas cachoeiras, nos mares! (KILEUY; OXAGUIÃ, 2009)

Assim, abstrai-se que, como já foi ilustrado, a sociedade atual ainda é muito preconceituosa e intolerante quando se trata de religiões de matriz africana. Exemplos disto são os projetos de lei que visam a criminalização de certos costumes candomblecistas. A ignorância é, sem dúvidas, um dos agravantes desta situação, pois mesmo com todo o amparo jurídico necessário, ainda não há o devido respeito. Então o que se demonstra essencial, é uma ampliação da educação da história do povo negro, já que este está diretamente relacionado com a formação da identidade brasileira.



Em 2003, foi sancionada a lei nº 10639 que alterava a Lei nº 9.394/96, responsável por estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional. O novo dispositivo tinha o objetivo de incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", a lei prevê que:

Art. 1º A Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 26-A, 79-A e 79-B:

"Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

§ 3º (VETADO)"

"Art. 79-A. (VETADO)"

"Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra'."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2003)

Passaram-se quinze anos desde a publicação do regulamento e ainda não há efetivação do mesmo, pois, a educação de base não trata dessa temática, e sequer existe uma preparação social para este tipo de abordagem, como ocorreu na escola Firjan/SESI em Volta Redonda, RJ, na qual os pais de alunos criticaram a adoção de um livro sobre cultura africana, resultando na substituição do livro por parte da instituição e posterior desistência da decisão devido a repercussão do caso exposto por uma mãe em sua rede social e pelas críticas da própria autora do livro. Em verdade, não há nem o conhecimento e espaço para tal no ambiente educacional. Percebe-se, inclusive, que há uma

tendência contrária a essa efetivação, tendo em vista, por exemplo, a Reforma do Ensino Médio que visa alterar a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), e limitar o ensino de história, geografia, filosofia e sociologia.

Dessa forma, abstrai-se que o direito não é eficaz para causar mudanças na sociedade quando se trata de racismo, em razão de, como já foi exemplificado, termos diversos dispositivos que abordam a problemática, mas os comportamentos intolerantes e preconceituosos ainda perpetuam. A mudança está na ampliação e permanência do debate nos mais variados ambientes da sociedade, que visem o estabelecimento da educação histórica do povo negro. É preciso, inclusive, que haja uma cobrança rígida da efetivação desses dispositivos que são direitos garantidos à população brasileira.

### **3. O Orixá principal alvo da intolerância religiosa – exu**

Uma breve abordagem de Exu neste trabalho se demonstra essencial. Em razão da intolerância religiosa aqui tratada, se refere, principalmente, às ocorrências recentes que visam criminalizar o costume das oferendas, que envolvem sacrifícios de animais realizadas no candomblé. Destas, entre os adeptos, se destinam à Exu, e, a partir da maior compreensão das características do mesmo, será possível que certos preconceitos sejam desmitificados.

Exu é um Orixá que tem como princípio a mobilidade, é transportador e organizador. Tem o poder de controlar tudo e força para ajudar a todos, resolvendo seus problemas. É um Orixá que veio para somar, apesar de se transformar em muitos e de possuir várias definições e funções, sua origem é única.

Ele está ligado à existência, suas características são muito próximas dos seres humanos, e por isto é o responsável por proteger a vida humana. É responsável por guiar o caminho do homem para o alcance de seus objetivos e, por conta disso é chamado de Senhor dos percursos. Protege-os quando há algum obstáculo, e é por este motivo que Exu gosta de ser homenageado nas ruas e encruzilhadas – o que relaciona à sua vaidade.

Possuindo um poder de ação ilimitado, ele age sobre a riqueza e a pobreza, o sucesso e o fracasso, a saúde e doença e também a vida e a morte. É também astucioso, interesseiro e malicioso, mas prestativo e generoso quando as pessoas lhe agradam, ou quando lhe interessa! Exu é único, mas possui a duplicidade em suas ações, agindo para o bem ou para o mal, de acordo com sua conveniência. É através deste caráter contraditório que surge sua grande semelhança com o ser humano. (KILEUY; OXAGUIÁ, 2009)

No processo de catequização dos escravos, os missionários assemelharam a figura de Exu com a do diabo cristão, atribuindo-lhe a função de exercer o mal, devido à influência e força que esse Orixá exercia na vida dos adeptos ao candomblé. Porém, o sincretismo demonstra-se totalmente descabido, tendo em vista que o diabo está ligado ao mal e é antagonico ao Deus cristão, e Exu não exerce somente o mal, além de também ser uma divindade como as outras do candomblé.

Na realidade, Exu tem uma importância até mais evidente dentre os Orixás, pois é Ele o responsável por convocar as demais divindades. Este é o motivo pelo qual é sempre convidado a receber primeiramente as oferendas. Elas são uma forma de agradecimento e conexão com Exu. E é através delas que se reestabelece a ordem e o equilíbrio do homem com o seu ambiente, semelhantes e Orixás, pois Exu age sempre ajudando o lado mais frágil.

Considerando isto, é possível perceber que Exu é uma figura essencial dentro do Candomblé, e os costumes que envolvem as oferendas são questões intrinsecamente religiosas, que não visam o mal. Ademais, as raízes dos costumes das oferendas estão diretamente ligadas à resistência do povo negro no contexto da escravidão, pois tinham o intuito de amparar os escravos que fugiam para os quilombos, como auxílio de sobrevivência durante a fuga – encontravam alimentos, bebidas, etc.

Dentro da religião, o relacionamento da humanidade com Exu é muito forte, pois Exu está ligado à existência do ser, fazendo-se necessária para sobrevivência do homem. Desta forma, quando buscam criminalizar tal costume, visam diretamente retornar com as perseguições estatais aos terreiros candomblecistas, pois a realização de oferendas, como foi apontado, está diretamente relacionado com a fé dos adeptos à religião. Ademais, como já foi discutido, a base do candomblé é a natureza. Suas raízes estão direcionadas ao cuidado com o meio ambiente. Portanto, os sacrifícios animais não estão nem perto de representar maus tratos aos mesmos, como a sociedade propaga erroneamente.

#### **4. Penalização do sacrifício de animais**

O deputado e pastor Marco Feliciano (PSC-SP) lançara, em 2012, um projeto de lei (4.331/2012) em que se buscava penalizar o sacrifício de animais em rituais religiosos, com pena de detenção de 6 meses a um ano, e multa. Felizmente no mesmo ano, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) o rejeitou. O deputado já se declarou, publicamente, contra a comunidade LGBT, revestido de diversos preconceitos, além de apresentar diversas posições racistas e misóginas no próprio Congresso Nacional, alega que o projeto de lei seria em prol do bem animal.

Neste mesmo viés, encontra-se a Lei 1.960/2016 que aplicava multa de R\$ 1504,00 a quem mutilasse ou sacrificasse animais em locais abertos ou

fechados, com qualquer finalidade mística ou religiosa. Além disso, pessoas jurídicas que fizessem o mesmo deveriam pagar multa no valor de R\$ 752,00 por animal. Por visível cunho ideológico, entidades religiosas recorreram ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em busca de apoio, que redigiu um texto do qual afirmava ser inconstitucional tal lei. Sendo assim o mérito foi julgado, e o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade de tal dispositivo normativo.

Ambos os casos citados acima se apresentam como tentativa de cercear o livre exercício religioso. Os idealizadores de tal, justificavam a necessidade da proteção aos animais como pretexto, mas a Lei de Crimes Ambientais (9.605/98) já prevê pena de detenção para quem "mata, persegue e caça espécies da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, ou os utiliza sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente".

Além disso, conforme afirma o desembargador Salles Rossi, a proibição seria desproporcional, visto que não há relatos de grandes números de sacrifícios de animais no município de Cotia, onde foi criada a lei, anteriormente citada. Portanto, a tentativa de proibição dessas práticas religiosas, tendo em vista a justificativa de proteção dos animais, em relação aos maus tratos, é apenas pano de fundo para bancas a existência de um racismo religioso, que representa o desrespeito com nossas raízes africanas.

## **5. Sobre a intolerância religiosa**

A reflexão a respeito da intolerância religiosa, de um modo geral, é sempre válida e, infelizmente, urgente e atual. Contudo, é preciso se atentar ao fato de que existe a discriminação mais direcionada a um determinado grupo religioso, que sofre preconceito e repressão em porções maiores e mais frequentes que outros. Esta situação fática que se comprova através de dados estatísticos frutos de pesquisas que apuram a intolerância religiosa e suas principais vítimas.

Deste modo, o objeto de pesquisa deste estudo é, evidentemente, as religiões de matriz africana, com enfoque especial ao Candomblé, e nesta etapa o que se propõe é a ponderação relativamente ao preconceito sofrido por este grupo religioso, sendo este o que mais sofre abusos e violações, conforme citado há pouco.

Em continuidade, o reconhecimento e respeito às religiões afro-brasileiras vêm sendo negado historicamente. Não é somente sobre a ignorância, já que não existe a constante busca por conhecimento, e quando se acha, é por vezes seguida de ataques às tradições, costumes e preceitos dos adeptos, iniciando-se um processo de "demonização" ao qual não existe o menor esforço para terminar, ocasionando em uma série de abusos e violações injustificáveis.

No Brasil, os africanos trazidos como escravos difundiram a religião. Conforme dito anteriormente, a repressão não é proveniente dos dias atuais, naquele momento já houve a proibição das manifestações de crenças, trazendo como uma de suas consequências um processo de negação da cultura africana, tendo como consequência a tentativa de apagamento de seus costumes, crenças e língua nacional com o decorrer do tempo.

Contudo, o povo africano pode ser identificado a todo tempo como sinônimo de força e resistência. Na impossibilidade de cultuar livremente suas divindades, o sincretismo com os santos católicos foi a saída encontrada para que continuasse o culto a seus deuses. Nesse contexto, o esforço da igreja católica para converter o negro ao cristianismo era em vão. Na medida em que todos os meses uma nova remessa de escravos, adeptos ao culto dos Orixás, desembarcavam na Bahia, de modo que a igreja estava cansada de continuar repetindo este trabalho *ad infinitum*, e este cansaço só facilitou reinstalação das crenças africanas em território brasileiro.

Sendo assim, não é necessária uma grande imersão na história para entender que o cerne deste tipo de comportamento – a reprovação da cultura e religião proveniente dos africanos trazidos como escravos – é o racismo. Atualmente, além da reprovação social, abusos, violações, desrespeito e até mesmo agressão, tem-se a exclusão social deste grupo discriminado, o que torna a problemática ainda mais urgente, pois este óbice se insere no contexto de uma sociedade indiscutivelmente racista.

É certo que uma pessoa, utilizando-se de sua liberdade de cultuar e manifestar sua crença e religião, ao exteriorizar este comportamento, será vítima de algum tipo de preconceito. O desrespeito é, infelizmente, rotineiro. O que se tem, entretanto, é a incidência de atitudes que ultrapassam até mesmo os parâmetros que consideram normal de desrespeito às pessoas, na medida em que o comportamento vai além de um olhar diferente e um receio a respeito do que é cultuado, e passa para um patamar no qual, segundo dados da Comissão de Combate a Intolerância Religiosa (CCIR), transformam os praticantes de religiões de matrizes africanas em mais de 70% de 1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos registrados no estado do Rio de Janeiro entre 2012 e 2015.

Nesse sentido, os especialistas abordam as motivações para tanto preconceito. Segundo estes, existem duas explicações possíveis que não precisam necessariamente estar dissociadas. Primeiramente, o racismo e a discriminação, presentes desde a escravidão e a reprovação de tudo o que é de origem africana, sendo o Candomblé algo que remonta, inevitavelmente, a este período, devido à sua origem no Brasil. Posteriormente, a ação dos chamados movimentos neopentecostais contribui para a difusão de mitos a respeito do que é cultuado na religião, atribuindo características negativas e remetendo entidades cultuadas na religião inclusive ao diabo cristão, aumentando a perseguição a candomblecistas e umbandistas.

Portanto, a abordagem do tema é essencial, seguida de uma reflexão crítica a respeito do que deve ser feito enquanto sociedade. O disque 100, do Ministério dos Direitos Humanos, registrou inúmeros casos de intolerância e, conforme já exposto, a maioria destes são destinados aos praticantes de religiões afro-brasileiras. Sendo assim, é urgente que alguma medida seja tomada nesse sentido, uma delas é a luta pelo fim da ignorância a respeito da religião, como forma de minimizar o ódio direcionado a um grupo que simplesmente está exercendo a sua liberdade de cultuar e crer.

Além do mais, existe, segundo sugere um estudo realizado pela PUC-RIO, a subnotificação no tema. Se os números já são alarmantes contando aqueles casos em que se procura resolver através de atitudes que envolvem órgãos públicos e sua possibilidade de agir em defesa, imagina se fossem levados em consideração os casos em que a vítima sequer decide tomar atitude semelhante?

Em uma pesquisa quantitativa realizada em 847 terreiros, em mais de metade houve registros de intolerância, e destes casos menos de um terço foi legalizado com notificação, e menor ainda é o número dos casos resultados em algum tipo de ação judicial.

Outro ponto importante da discussão a respeito da hostilidade e pressão social sofrida pelo Candomblé é a existência de projetos de lei que visam criminalizar um de seus preceitos – o sacrifício animal – conforme apresentado pelo então deputado estadual Feliciano Filho (PV), que se apresenta como cristão e vegetariano. Ele expõe o projeto de lei 992/2011, que proíbe o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo, sob pena de multa. Apesar de rejeitado, o projeto reflete como existem ataques às práticas da religião, sendo apenas um exemplo dos inúmeros existentes.

Em suma, o que se tem são números que cumprem seu papel de alertar para a urgência do problema, sem deixar de evidenciar, com isso, que a realidade fática é ainda mais estarrecedora, na medida em que a proporção é maior e nem sempre chega a conhecimento público. É essencial que as pessoas sejam ensinadas a respeitar, independentemente de divergências, para que futuramente a intolerância religiosa seja apenas mais uma das vergonhosas páginas que se possa se ter o prazer de virar em na história do Brasil, ainda que constrangidos com o tamanho da capacidade humana de ser hostil com o que é diferente do instituído como normal. Outrossim, nas palavras do saudoso Mandela: "Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar. ”.

## **6. Pelo viés do racismo religioso**

Diante da realidade exposta pelos dados, pode-se dizer que os números falam por si só. Contudo, é indispensável uma conclusão baseada em

experiências fáticas. Desse modo, a troca de informações com adeptos pode proporcionar a materialização do que se vê escancarado através dos institutos de pesquisa – a profunda angústia que se insere no contexto de quem vivencia o racismo religioso em sua forma mais hostil. Não é peculiar o comportamento negativo diante de religiões de matriz africana, ao contrário, este foi sempre o tratamento oferecido para a religião e demais aspectos da cultura do africano escravizado.

Entretanto, conforme relata Ana Gori, adepta da religião, que atualmente reside na cidade de São Paulo, a tentativa de classificações demoníacas e completamente dissociadas da realidade sempre foram comuns, mas tem experimentado um aumento que pode ser associado a grupos religiosos intolerantes e fundamentalistas. Segundo Ana, permitir que o Estado decida sobre as práticas a serem realizadas dentro da religião é pura e simplesmente racismo religioso, visto que essa conduta não se repete igualmente entre todas as religiões, e a título de exemplificação, coloca as cerimônias de Natal, que envolve o consumo exacerbado de carne animal em suas celebrações – os perus e os porcos da ceia.

Além disso, conforme bem pontuado pela mesma, os rituais que visam proteção, tão hostilizados, buscam cumprir um papel que deveria ser do Estado, que é salvaguardar os seus, em especial a juventude negra, pobre e periférica, sendo esta a maior vítima de violência, morte e encarceramento.

Outrossim, o que se tem diante dos fatos até então narrados é a existência de um estado de coisas em que, no Brasil, 71,5% das pessoas que foram assassinadas no país no ano de 2016 eram negras, segundo dados do Atlas da violência divulgados pelo IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança pública, registrando um aumento de 23,1%, sendo a maior taxa registrada em uma década.

Paralelo a isto, ao invés de medidas que efetivem o combate ao quadro narrado – uma desarticulação das lutas contra as opressões através de medidas de extermínio desta população, que tem sido bem sucedidas se considerar que, no mesmo ano em que houve um acréscimo no número de mortes de negros, houve também um decréscimo do mesmo fenômeno em relação aos grupos não negros - não se tem a busca por medidas que possam efetivar o combate e colocar fim a esse processo de extermínio, mas existem propostas de parlamentares de se criminalizar o uso e morte de animais em rituais religiosos.

As vidas negras que se perdem dia após dia causam menos alvoroço entre as pessoas responsáveis pela segurança pública do que a morte das galinhas, criadas como sagradas e sacrificadas da mesma forma, sendo, inclusive, posteriormente utilizadas para a alimentação de algumas pessoas. A tentativa de criminalizar os atos de uma determinada religião, por racismo religioso, é mais comum de se verificar do que o enfrentamento da questão das mortes da população negra, e esta é uma análise crítica essencial para a

compreensão deste panorama – Até que ponto se trata de proteção da vida animal? Em que momento pode se dizer que é uma proteção com vistas imparciais?

Sendo assim, não há que se falar meramente em intolerância religiosa, que por definição equivale a falta de habilidade ou vontade em reconhecer e respeitar diferenças ou crenças religiosas de terceiros.

Quando se fala em religiões afro brasileiras, o que se tem é uma herança histórica negativa que entra em contato, de forma irreversivelmente contaminadora, com tudo o que é proveniente da cultura negra. É uma toxidade de comportamento, capaz de transformar um ser humano médio em um ser apto à rejeição desta, uma vez que se trata de um problema estrutural, é inculcido de forma sutil e precoce.

Portanto, é mister que se busque apoio para as lutas dos que sofrem cotidianamente com as mazelas do racismo religioso. A sociedade como um todo não pode ser comodista a ponto de não enxergar as contrariedades desta situação fática como uma questão urgente a ser combatida. Inúmeras análises críticas a respeito do sectarismo religioso seriam absolutamente incapazes de, individualmente, combater com eficiência cada aspecto da problemática.

Todavia cumprem o seu papel de contender com a incultura e o obscurantismo, presentes de maneira exacerbada em uma sociedade em que as pessoas são desrespeitadas, violadas e mortas em decorrência da sua religião, em especial quando se trata de um povo anteriormente massacrado e sinônimo de resistência diante de todo seu histórico, em especial no Brasil, local onde foram travadas diversas batalhas por liberdade, dignidade e respeito à vida negra.

Ademais, há que se falar sobre a atualidade de cada uma das pautas anteriormente citadas, que protagonizaram lutas e revoltas. O desrespeito e criminalização da religião não é uma novidade, assim como a matança e o descaso do Estado frente a isso.

Por fim, é possível refletir e condenar as atitudes que se costuma tratar como normal. Devido ao modo como se pensa a realidade, determinadas condutas são validadas e legitimadas sob a ótica de sua ocorrência ser cotidiana.

É inaceitável que se permita a omissão diante destas por esse motivo, e a cogitação com teor de desaprovação é simplesmente um primeiro passo rumo a um meio social em que se possa manifestar de forma livre sua fé, conforme as prerrogativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, citada como fonte e respaldo jurídico para consideração do que foi exposto, bem como para a invalidação de qualquer ataque institucionalizado direcionado às religiões afro brasileiras em sua amplitude.



## 7. Considerações finais

É evidente que na busca por explicações minimamente plausíveis que justifiquem o fato de que as religiões de matriz africana são excessivamente perseguidas desde sempre, se encontra o racismo, com a suas diversas formas de manifestação.

A religião afro brasileira não é respeitada, sobretudo, por sua origem. Não foram homens e mulheres que a criaram e praticavam, pois esta visão humanizada não era cabível ao negro escravizado. O respeito não passava sequer pela sua condição de espécie semelhante, quanto menos em relação a sua bagagem cultural e religiosa.

Nesse sentido, a visão que se tinha do africano era a de um ser completamente inferior e sem alma, sendo desprovido de uma partícula de tanto valor, não merecia o tratamento digno. Contudo, muitos guerreiros e guerreiras de grande respeito, membros de alto poderio nas sociedades africanas, incluindo integrantes de famílias reais, foram trazidos como escravos, a despeito do que se pensava. A capacidade de organização, resistência e força do negro foi um fator surpresa a ser inserido ao modo de operar dos escravocratas, que deviam estar sempre alertas, pois era fato que existiriam tentativas de conquista da liberdade por meio da força. A escravidão esteve longe do pacifismo pregado por vezes em nossos estudos escolares.

Assim, origem do Candomblé está diretamente ligada a este processo de resistência negra contra a escravidão no Brasil, ao contrário do que se pensa, trata-se de uma religião inteiramente brasileira, sendo inclusive desconhecida no continente africano na forma como é praticada aqui. É essencial que se ressalte seu local histórico e político nas lutas negras, papel desempenhado nos tempos sombrios da era servil brasileira e até os dias atuais, em que, após 130 anos, se desfruta da herança de uma abolição sem reparação histórica.

Desse modo, existe um vácuo quando se busca conhecimento sobre a religião, que não encontra ambiente com anseios para lhe dar espaço em escolas e universidades. Não há interesse efetivo em tornar objeto de conhecimento uma religião que teve como berço a clandestinidade das senzalas e quilombos, utilizada inclusive como forma de resistir à dominação dos europeus, que impuseram uma forma de conversão obrigatória dos escravizados para com a fé dos senhores, trazendo para os primeiros a necessidade de encontrar formas de manter a fidelidade a pratica de seus antepassados.

Assim sendo, sua origem é peculiar se comparada as demais religiões, mas não é surpreendente que, apesar do legado de resistência, existe uma ideologia racista que está no cerne deste sistema, ocasionando em diversas formas de perseguição desmedida e associações negativas as religiões afro-brasileiras.

Quando se fala em resistência, remete-se ao tempo em que o negro sofria diversas violações com vistas a enfraquecer a sua luta e o levar a desistência de seu desejo por continuar a guardar em si as referências que trazia e o auxiliava na permanência de sua identidade.

Ademais, a religião tem o seu aspecto político na luta em favor dos negros, em especial na contribuição com alimentos em suas rotas de fuga e a ajuda na organização de comunidades que fossem capazes de trazer a vida na África novamente à tona.

Por outro lado, se um dia teve seu caráter político em evidência, este não foi somente no tocante a luta pela liberdade e direito dos negros – os terreiros continuaram a cumprir um papel essencial para as comunidades negras mesmo depois da abolição em 1888. Preservam ainda hoje a característica de ser sinônimo de resistência do afrodescendente. O candomblé pode, desse modo, ser associado a um protesto do negro contra o racismo.

Desde as considerações que nos primórdios foram feitas – interpretações que relacionem o transe com um estado de loucura, as proibições, demonização, depredação de seus terreiros, entre outros – até os dias atuais, em que as vestimentas típicas dos adeptos à religião causam reações desrespeitosas (olhares de repulsa e desprezo), quando se trata de praticantes da religião em questão, conforme descrito por Patrícia, após ser entrevistada. A mentalidade do brasileiro, incapaz de agir com hospitalidade e respeito diante da fé de outra pessoa, é semelhante ao dos senhores da escravidão, explicitando o racismo, que reflete em atitudes que inferiorizam as práticas e religiões de matrizes-africana como um todo.

A postura social em relação a supressão dos direitos destes deve ser coerente com o que se reza em um ordenamento jurídico, e esses ataques não ocorrem por falta de amparo legislativo, que deveria servir como base para a proteção da crença e cultura destes indivíduos, considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos preceituam justamente o que se busca, que é a liberdade de crença em todos os seus âmbitos.

A respeito disso, então, pode-se compreender que o etnocentrismo branco estigmatiza e rotula o povo negro da forma mais negativa e baixa possível. O racismo que antes se mostrava na forma de escravidão, hoje está representado dentro da Câmara dos Deputados e Senado. A discriminação religiosa perante aqueles que não eram cristãos, após a queda do império romano, está ainda em pleno século XXI mascarada na perseguição, quase que positivada, dos adeptos e seguidores das religiões afro-brasileiras.

É de extrema contradição o fato de parlamentares tentarem coibir e restringir os cultos religiosos, como os do Candomblé, uma vez que a própria Constituição prevê a liberdade de crenças. No que tange à proteção deste direito fundamental, o Estatuto da Igualdade Racial, concebido pela Lei nº 12.288, é

dever do poder público garantir o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra.

Sendo assim, é assunto de responsabilidade do Estado assegurar a liberdade e livre manifestação. Entretanto, é tarefa bastante complexa cobrar de um Estado burguês a execução da legislação já existente que tipifica a intolerância religiosa, quando a todo momento um jovem negro morre, na maioria das vezes, pela mão da própria polícia militar.

A problemática em questão, na realidade, nunca se tratou dos maus tratos aos animais. Querer proibir a prática candomblecista, é racismo religioso, uma vez que todo ano milhões de animais são explorados pela indústria alimentícia e nada é feito. O Estado não pode se posicionar de forma nula, muito menos demonstrar descaso, pois para se ter a real igualdade dita no artigo 5º da Constituição Federal, é preciso mudar o quadro de desvalorização, demonização e diminuição da cultura negra, a partir de reivindicações em sentido da efetivação desses direitos garantidos, além do acesso ao conhecimento da nossa história. É mais que urgente que haja, em nossa sociedade, o reconhecimento de uma identidade nacional construída com elementos africanos, e isso se faz com educação de qualidade de história, com uma ampliação de perspectiva, para que não seja considerada, apenas a ocidental, é preciso que tenha uma movimentação que vá em sentido da decolonialidade do conhecimento. Mas é importante ressaltar, que vivemos em um sistema em que a opressão faz parte de sua natureza, assim essas medidas devem ser constantes.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003.** Disponível em: <<https://bit.ly/2r9plpj>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial.** Brasília, Disponível em: <<https://bit.ly/1zZlfCA>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASILEIROS, Instituto dos Advogados. **Rejeitada a penalização do sacrifício de animais em rituais religiosos.** 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2wvBCNc>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

D'OSOGIYAN, Fernando et al. **Candomblé - O mundo dos orixás.** Disponível em: <<https://bit.ly/2MFNUfH>> Acesso em jul. 2018.

GELEDÉS: África e sua diáspora – Esquecer? Jamais. **A história da escravidão negra do Brasil.** Jul. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2OUJnU9>> Acesso em jul. 2018.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

KILEUY, Odé; OXAGUIÃ, Vera de. **O candomblé bem explicado (Nações Bantu, Iorubá e Fon)**. Rio de Janeiro: Pallas, 2009. p. 554.

LUCHETE, Felipe. **Lei não pode proibir sacrifício religioso de animais, declara TJ-SP**. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2wKK6E>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

PRANDI, Reginaldo. O Brasil com axé: candomblé e umbanda no mercado religioso. **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 52, p. 223-238, dez. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2nXEQFe>>. Acesso em 17 jul. 2018. <https://bit.ly/2OUd089>

PUFF, Jefferson. **Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil?** Disponível em: < <https://bbc.in/2JX0KVz> > Acesso em: jul. 2018.

REVISTA FÓRUM. **Pais de alunos de escola no RJ tentam censurar livro sobre cultura africana**. Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/pais-de-alunos-de-escola-no-rj-tentam-censurar-livro-sobre-cultura-africana>> Acesso em out. 2018.

SANTOS, Marcos de Freitas. **A discriminação racial e seus reflexos no processo de ensino e aprendizagem**. Disponível em: <<https://bit.ly/2wbNSIA>>. Acesso em: ago. 2018.

SANTOS, Nise; GONZAGA, Carla. Resistir à demonização: Religiões de matriz africana. **Raça & Classe: Teoria Política revolucionária**, n. 3, p.48-50, nov. 2015.

## O direito ao trabalho das pessoas com deficiência e as ações afirmativas - A aplicabilidade das cotas de emprego

Sandrina de Azevedo Oliveira<sup>1</sup>  
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila<sup>2</sup>

### Resumo:

Por longa data a pessoa com deficiência foi excluída do convívio social pela sociedade entender que esta não poderia ser inserida de forma plena nas relações sociais, inclusive do trabalho. E, em razão disso surgiram diversas legislações com o fim de proteger a pessoa com deficiência, visando garantir a esta uma vida digna e um maior acesso, com igualdade de oportunidades, inclusive no âmbito do trabalho, com a criação de cotas.

### Palavras-chave:

Trabalho. Pessoa com deficiências. Cotas.

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania.". Email: sandrina.oliveira@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM. Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: [cristina.delgado@uol.com.br](mailto:cristina.delgado@uol.com.br)

## 1. Introdução

Pode-se afirmar que por muito tempo a pessoa com deficiência foi excluída do convívio social, inicialmente, em razão de a sociedade entender que esta não poderia ser inserida de forma plena no convívio social e nos demais setores, tal como o trabalho. Dessa maneira, por vezes, a pessoa com deficiência foi entendida como alguém que poderia ser dispensada por não se encaixar em modelos tipicamente discriminatórios.

Com o avanço das sociedades, as discussões sobre a inclusão da pessoa com deficiência tornaram-se tema presente em variados contextos, não só em âmbito nacional, mas também mundial. No Brasil, não foi diferente, visto que diversas legislações buscaram e buscam proteger a pessoa com deficiência, garantindo a estas, uma vida digna e um maior acesso, com igualdade de oportunidades. No âmbito do trabalho, também se tem assegurado que a pessoa com deficiência seja tratada segundo os princípios da igualdade e dignidade, positivados no texto constitucional, bem como há evidenciada diversas garantias infraconstitucionais que visam permitir e facilitar o acesso do deficiente ao mercado de trabalho.

Dessa forma, o presente trabalho de pesquisa pretende, a princípio, analisar os principais aspectos do trabalho do deficiente na atualidade como um direito social que se esteia nos princípios fundamentais e, que encontra amparo na Constituição Federal e demais legislações ordinárias.

Para isso, cumpre-se analisar o direito ao trabalho da pessoa com deficiência sob o enfoque do se entende como o mínimo exigido para uma existência digna, que proporcione o acesso ao trabalho em igualdade de condições com as demais pessoas, sem qualquer tipo de ação discriminatória. Assim, a proteção a esse mínimo existencial se relaciona com a ética e se fundamenta nas condições iniciais de liberdade do indivíduo.

Pretende-se ainda expor sobre o impacto das ações afirmativas no contexto do direito ao trabalho da pessoa com deficiência e como estas ações pretendem proteger o lugar deste trabalhador no ambiente laboral; haja vista que se observa uma tendência, em quase todas as sociedades, de se promover políticas públicas voltadas para a pessoa com deficiência, priorizando a inclusão laboral, adotando incentivos ou cotas para trabalhadores com deficiência tanto no setor público quanto no setor privado.

Dessa maneira, visa-se também abordar nesse trabalho, a aplicabilidade das cotas de reserva de cargos para pessoas com deficiência no setor privado, se estas têm sido efetivas e ainda, quais são os principais impedimentos e as dificuldades encontradas para o cumprimento e preenchimento destas, pelas empresas.

## 2. Os princípios fundamentais na perspectiva do mínimo existencial

Sabe-se que o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, tem seus valores basilares num texto constitucional também democrático, com princípios e fundamentos que visam garantir aos seus cidadãos um modo de vida digna, igualitária e com ideais de liberdade e diversidade.

Contudo, nem sempre foi dessa maneira, haja vista que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é relativamente recente, pois tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial esse princípio passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrado pela Declaração Universal da Organização das Nações Unidas - ONU de 1948.

Dentro do que se entende sobre os princípios fundamentais, assegurados a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, pode-se destacar a concepção do mínimo existencial, que se passa a expor.

Segundo Torres (2009, p. 34), o mínimo social, ou existencial, incluído na tradição brasileira e também alemã, é uma expressão escolhida pela lei 8.742/93 (Lei que dispõe sobre a organização da Assistência Social), integra também o conceito do direito fundamental. Pode então ser compreendido como: "um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda, que exige prestações estatais positivas". (Torres, 2009, p.35).

Tal direito é considerando mínimo porque coincide com o conteúdo incluso nos próprios direitos fundamentais, por serem garantidos a todos sem exceção, independentemente das condições que tais indivíduos possuam. Assim, para um direito ser considerado dentro dessa concepção, precisa estar ligado a situações existenciais dignas. Ou seja, sem tal existência, a sobrevivência do homem é mitigada ante a falta de condições de liberdades e de dignidade.

Torres (2009) expõe que tal ideia não tem dicção constitucional específica, contudo, encontra assento na ideia de liberdade, igualdade, dignidade, do devido processo legal e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dentro dessa da perspectiva, Bobbio (2004, p. 24) coloca que: "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los." Assim, pode-se verificar que se a problemática da eficácia de tais direitos é importante, não menos importante é a questão da legitimação.

Dessa forma, observando o contexto da sociedade atual e as desigualdades a ela inerentes, tem-se que o mínimo existencial pode ser compreendido como um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que

coaduna com uma parcela do que se considera indisponível, para que o indivíduo viva de forma digna, sendo portanto, irredutível, tais como a liberdade, a dignidade e a igualdade.

Por conseguinte, afirma Torres (2009, p. 89) que: “se nada há de excessivo no mínimo existencial, que desborde a sua base, segue-se que ele é insuscetível de ponderação e de restrições pelo legislador”. Desta feita, pode-se entender que os direitos fundamentais prestacionais, que excedem ao mínimo existencial, não sendo fundamentais, estão abertos às restrições do legislador democrático.

Tem-se, portanto, que um Estado que busque a garantia de uma vida digna aos indivíduos, deve observar e assegurar um mínimo que proporcione uma existência que vá ao encontro dos ideais de liberdade e que se fundamente na ética (TORRES, 2009, p.13). Assim, a teoria do mínimo existencial pode ser entendida como um subsistema da teoria dos direitos fundamentais, visando, principalmente, a concretização, eficácia e validade desses direitos.

### **3. Os direitos sociais e as prestações positivas pelo Estado**

Conforme exposto, a garantia dos princípios fundamentais é essencial para que o indivíduo tenha uma vida digna dentro dos direitos que lhe são assegurados na Constituição Federal. Dentre os demais direitos, cumpre-se destacar, os sociais, que não menos importantes, precisam ser observados, haja vista que estão indubitavelmente ligados à dignidade da pessoa humana. E, por serem imprescindíveis, dentre os direitos de caráter fundamental, os direitos sociais são citados e garantidos pelo artigo 7º da Constituição Federal de 1988, quer sejam os de caráter individual, ou os de caráter coletivo.

Pode-se afirmar que são resultantes de uma longa conquista histórica e, por isso, tais direitos têm o condão de garantir aos indivíduos condições materiais necessárias e imprescindíveis para que possam exercer plenamente o gozo de seus direitos como cidadãos, e, exigindo-se também do Estado, a intervenção na ordem social. Dessa forma, os direitos sociais, quando observados, tendem a atender ao critério de justiça distributiva, objetivando a diminuição das desigualdades sociais, e, como consequência, procurando atender de forma mais eficaz ao princípio da isonomia.

Os direitos sociais são um grupo de direitos que pertencem à segunda geração e aparecem vinculados à satisfação das necessidades mínimas dos indivíduos, como forma de proteção da dignidade destes. (FONSECA, 2009, p. 68).

Em âmbito internacional, afirma ainda a mesma autora que após a adoção da Declaração dos Universal dos Direitos do Homem, iniciou-se uma considerável discussão sobre como seria a maneira mais eficaz de assegurar e observar os direitos ali previstos. Dessa maneira, optou-se pela adoção de dois



instrumentos. O primeiro, Pacto Internacional dos Direitos Civis (PIDCP), que se atentava para os direitos em âmbito civil e político. O segundo instrumento foi o Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC), tratando-se assim, de tais direitos. Verifica-se, portanto, que a natureza de implementação e a ideia desses grupos de direitos eram distintas.

Complementa a autora que enquanto os direitos civis e políticos apresentam um caráter imediato, por serem mais aplicáveis aos tribunais e não atribuírem um custo muito alto para o Estado, os direitos sociais, por sua vez, necessitam de uma programação e são implementados, por vezes, de forma mais gradual, haja vista que geram, para sua realização, um custo ao poder público. (FONSECA, 2009, p.70). Nesse sentido, afirma que tornou-se bastante difundida a ideia de que os direitos civis e políticos geram obrigações negativas, ao passo que os sociais, econômicos e culturais geram obrigações positivas.

Fonseca (2009, p. 73) alega ainda que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Observação geral, número 3 de 1990, entendeu que a natureza dessas obrigações podem ser compreendidas dentro de três perspectivas, sejam elas as obrigações de respeito, as obrigações de garantia e as obrigações de proteção. Assim expõe:

A obrigação de respeitar requer que o Estado se abstenha de impedir o gozo dos Direitos econômico, sociais e culturais; já a obrigação de proteger exige do Estado a prevenção de violações destes direitos por parte de terceiros; enquanto a obrigação de cumprir requer que o Estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a plena efetividade desses direitos. (Fonseca, 2009, p.73)

Pode-se então depreender que os direitos sociais se caracterizam por exigirem uma ação, ou atividade por parte do Estado, sendo esta positiva ou de prestação, de forma que o indivíduo possa se estabelecer na sociedade dignamente. Dentro ainda de uma perspectiva mundial de prestação e efetivação dos direitos sociais por parte do Estado, Torres (2009, p.236), expõe o que o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU-1966), trata sobre a atuação do Estado. Assim, descreve o artigo 2, inciso, I do referido pacto:

Cada Estado, parte do presente pacto, compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio, como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, a adoção de medidas legislativas.

Nessa perspectiva, os direitos sociais e econômicos, no que se refere às prestações, apresentam uma problemática, já que para serem efetivados, dependem de concessão legislativa, exteriorizando-se por meio das normas programáticas. Contudo, os direitos sociais, econômicos e os fundamentais, embora dispostos de formas diferentes, não se encontram em conflitos acentuados, pois exibem sim características complementares, no que se refere ao mínimo existencial e social. (TORRES, 2009, p. 273 e 274).

Com isso, observa-se que os direitos sociais ocupam relevante posição tanto em nosso ordenamento jurídico, visto que estão assegurados na Lei Maior, quanto em âmbito internacional. E devem ser assegurados de forma isonômica a todos os cidadãos, haja vista que se espera que num Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, os indivíduos vivam de forma digna e plena. Para isso, o Estado, tende a assegurar prestações que oportunizem a fruição desses direitos de forma plena.

Cumpra-se assim, ainda dentro dos direitos sociais, analisar o direito ao trabalho e sua aplicabilidade no contexto da pessoa com deficiência, como se propõe a seguir.

### **3.1. O trabalho como um direito social**

Pode-se afirmar que a garantia de emprego na sociedade, sendo este um direito social assegurado no texto constitucional, é uma das medidas de caráter protecionista, como já abordado, que se enquadra no campo das políticas públicas de trabalho e emprego.

Tais políticas, afirma Fonseca (2009, p. 202) são: "importantes instrumentos para se alcançarem melhores índices de empregabilidade, o que corresponde à busca pelo pleno emprego", estabelecida pelo artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal. Aborda ainda, que além de se terem políticas que promovam o trabalho na sociedade como geração de postos de emprego e conseqüentemente, de renda, tais necessitam também oportunizar o trabalho de maneira digna ao trabalhador. Sendo assim, a intervenção estatal destinada a garantir o acesso do trabalho da pessoa com deficiência, por exemplo, deve observar os demais princípios fundamentais, tais como o da igualdade, liberdade e dignidade, de maneira que o indivíduo possa estar em condições de competitividade com os demais.

Sendo o trabalho um direito social, este deve ser assegurado, em igualdade de condições e oportunidades a todos os grupos, sendo assim, encontra-se inserida a pessoa com deficiência, que por sua condição de vulnerabilidade, tem que ter seus direitos respeitados na integralidade, incluindo-se as relações de trabalho.

Não obstante ao que já se tem assegurado no texto constitucional, tem-se, mais especificadamente no artigo 34 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a proteção ao trabalho do deficiente ao assim dispor: "A pessoa com

deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas."

Assim, o acesso ao trabalho, é uma garantia à pessoa com deficiência, sem qualquer forma discriminatória por sua condição especial, razão pela qual se faz necessário analisar os mecanismos de política que visam efetivar esse direito, em sua dimensão coletiva, como é o caso das ações afirmativas.

#### **4. As ações afirmativas e o direito das pessoas com deficiência**

Na busca de assegurar o tratamento isonômico para todos os entes da sociedade, o Estado Democrático desenvolveu políticas que permitiram uma atenção diferenciada a determinados grupos sociais. Pode-se entender que as ações afirmativas estão inseridas em tais políticas.

As ações afirmativas compreendem um conceito bastante discutido e até polemizado na sociedade atual. Estas se definem principalmente como políticas do poder público e também em âmbito privado, que visam concretizar o princípio constitucional da igualdade material. Da mesma forma, visam contribuir para uma neutralização dos efeitos, ante diversos tipos de discriminação, tais como racial, de gênero, de idade, origem, sexo, dentre outras, existentes na sociedade.

Sabe-se que tais ações se configuram num Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, com prestações positivas que se exteriorizam nas políticas públicas, numa busca pela efetivação da igualdade material, assentando assim a Base insculpida na Constituição. Ao contrário do que se entende por um Estado Liberal, que é marcado pelo absentismo. Para um melhor entendimento do que sejam as ações afirmativas, Huntley *apud* Nacur (2016, p. 265) afirma que:

Ação afirmativa é um conceito que inclui diferentes tipos de estratégias e práticas. Todas essas estratégias e práticas estão destinadas a atender problemas históricos e atuais sobre grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos que se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar de todas as esferas da sociedade.

Assim, as ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitiva ou voluntárias, implementadas na promoção e integração de indivíduos e grupos sociais, tradicionalmente discriminados.

Dessa feita, as ações de cunho afirmativo encontram guarida na promoção do trabalho, como um direito social assegurado e que abrangem as pessoas com deficiência, que por sua condição especial, necessitam de

políticas que a auxiliem na inserção do mercado de trabalho em igualdade de condições com os demais indivíduos, para que assim estes possam ser igualados.

Segundo expõe Nacur (2016, p. 286), nem sempre as ações afirmativas devem estar vinculadas a cotas, haja vista que são mais amplas, podendo assim ser consideradas como quaisquer posturas privadas ou públicas, voluntárias ou obrigatórias, que visem maior integração dos indivíduos em situações peculiares, ou seja, a integração das minorias. Assim, visam garantir a esses grupos maior diversidade e igualdade de oportunidades, como é o caso da pessoa com deficiência e sua inserção no ambiente do trabalho.

Pode-se assim considerar que as cotas referidas na lei nº 8213/91, direcionadas ao preenchimento de vagas, em empresas privadas, por pessoas com deficiência ou reabilitadas, é uma ação afirmativa obrigatória, já que encontra previsão legal e se assenta em princípios constitucionais de igualdade e dignidade.

No âmbito público, no que concerne às pessoas com deficiência, tem-se as cotas de trabalho público estatutário, conforme se depreende do artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal, que também visa garantir o acesso ao trabalho.

Com isso, verifica-se a necessidade de analisar o estabelecimento das cotas para preenchimento de postos de trabalho com deficientes e/ou reabilitados, como um meio de ação afirmativa para as pessoas com deficiência, dentro da perspectiva de sua real aplicabilidade.

## **5. O direito ao trabalho da pessoa com deficiência e o regime de cotas**

Atualmente pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, se observa que ele caracteriza como pessoa com deficiência:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Pode-se depreender pelos termos contidos no Estatuto, que a pessoa com deficiência por conta de seus impedimentos e situação especial, necessita de uma maior proteção a fim de que possa interagir de forma plena no meio social e participar ativamente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, em consonância com os princípios fundamentais da igualdade e dignidade. Tal participação ativa, também se estende às relações de trabalho

e do acesso aos postos de emprego, pois através dos mesmos se dá cidadania e dignidade.

Assim, a questão da inserção da pessoa com deficiência no trabalho, é uma realidade que tem que ser cumprida, ou de forma natural ou imperativa, razão pela qual, interessante é analisar alguns dados apresentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego<sup>3</sup>. Segundo tais dados, o mercado de trabalho formal brasileiro contabilizou a presença de 418.521 pessoas com deficiências e reabilitadas no ano de 2016, com um crescimento 3,79% em relação a 2015, quando havia 403.255 com vínculo empregatício. Os dados fazem parte da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2016 e incluem empregadores da iniciativa privada, empresas públicas diretas e indiretas e órgãos públicos. Os dados informam ainda que dos profissionais contratados com alguma deficiência, 93,48% só estão trabalhando devido à obrigação legal de contratar tal público, segundo os dados da RAIS, seja em razão da Lei de 9.213/91, que estabelece as cotas, ou seja, pela obrigação constitucional da reserva de vagas nos concursos públicos.

Verifica-se assim, que a inserção do deficiente no trabalho, por vezes, também está ligada as políticas de acesso deste ao mercado laboral, que vão ao encontro do que se afirma no texto constitucional sobre a dignidade e igualdade, asseguradas a todos sem distinção.

Afirma Moro (2008, p. 8) que desde o preâmbulo da Constituição tem-se um firme compromisso de garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, como valores supremos de uma sociedade fraterna e sem preconceitos, sendo que os valores sociais do trabalho, estão dispostos no inciso IV do artigo primeiro da Constituição, constituindo-se um fundamento, conforme abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Tem-se ainda na Constituição a afirmação de que todos são iguais perante a lei e que constitui um objetivo da nação o promover o bem de todos sem preconceito de qualquer espécie.

---

<sup>3</sup> A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em [http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao\\_pessoas\\_defi12\\_07.pdf](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf). Acesso em 12/08/2018.

Não apenas no texto constitucional tem-se abarcado à proteção a pessoa com deficiência, mas também no contexto infraconstitucional. Cabe-se destacar assim, mais especificamente, o artigo 93 da Lei nº 8213 de 1991, que trata não somente dos benefícios previdenciários, mas também estabelece nesse dispositivo, política de proteção trabalhista no que se refere à pessoa com deficiência e também aos reabilitados. O referido artigo tem a seguinte redação:

A empresa com 100(cem) ou mais empregada está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas na seguinte proporção:

- I- até 200 empregados, 2%
- II- de 201 a 500, 3%
- III- de 501 a 1000, 4%
- IV- de 1001 em diante, 5%"

Estabeleceu-se assim, o sistema de cotas para empresas privadas, que se seguem de algumas particularidades que se cumpre informar. Segundo Moro (2008, p. 20), esse sistema se relaciona somente a empresas com mão de obra mais intensiva, haja vista o número de trabalhadores estipulados para a aplicação da cota. Dessa forma, as empresas com menos de cem empregados estão desobrigadas a cumprirem ou isentam de inserirem em seus quadros, pessoas com deficiência, podendo fazê-lo de forma facultativa, mas não obrigatória.

Outro ponto a ser observado é a questão da dispensa protegida, conforme se depreende do parágrafo primeiro do artigo 93 da Lei nº 8213 de 1991, que assim assegura:

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. (Vide Lei nº 13.146, de 2015)

Dessa maneira, a norma impôs mais que uma formalidade previa à dispensa do trabalhador com deficiência, tendo em vista que essa dispensa está vedada caso não seja por substituição de um trabalhador em condição semelhante, sob pena de nulidade desse negócio jurídico. (MORO, 2008, p. 20).

Vale aqui reforçar as considerações de Baars (2018, p. 35), que aponta que as cotas como medidas afirmativas de acesso do deficiente ao trabalho, pode ser assim consideradas:

A política de cotas é uma ação afirmativa importante para promover a dignidade e a independência da pessoa com deficiência. É importante, ainda, para promover o desenvolvimento da nação, na medida em que estimula que as pessoas sejam produtivas, ao invés de permanecerem na inatividade e na dependência de ações assistenciais dos governos.

Não obstante ao que se tem positivado no atual ordenamento jurídico, há que se considerar que muitas pessoas com deficiência, seja essa deficiência no campo visual, motor, cognitivo ou auditivo, ainda não estão inseridas no mercado de trabalho por diferentes motivos. Portanto, muitas empresas privadas que preenchem os requisitos apresentados na lei não têm em seus quadros pessoas com deficiência, ou têm, em número aquém ao que a lei determina.

Assim, cumpre-se verificar como se dá aplicabilidade da referida cota de emprego, frente à realidade atual e às dificuldades encontradas.

### **5.1. A aplicabilidade das cotas junto às empresas privadas**

Observa-se que são inúmeros os fatores alegados pelas pessoas com deficiência, pelas empresas e pelo Governo para o não cumprimento das cotas de vagas no setor privado.

Moro (2008) expõe alguns motivos que interferem na aplicação das cotas dispostas no artigo 93 da lei 8213/91, de forma efetiva pelas empresas privadas. Um desses motivos seria a questão da natureza jurídica da referida empresa, o que tornaria incompatível a presença de pessoas com deficiência no desenvolvimento das mesmas, tentando-se assim justificar a não concessão e consequente, preenchimento da vagas.

Assentados na afirmação contida na convenção n° 111 da OIT, mediante a qual qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação. Muitos empregadores tem oferecido defesa sustentando que o não preenchimento da cotas não decorre da discriminação ou deliberada intenção de descumprimento da norma. Nesse campo, as empresas invocam as suas especialidades quanto à natureza da atividade, Argumentam que em alguns ramos (como a da construção civil, por exemplo) não é compatível com a contratação de portadores de deficiência física. (MORO, 2008, p. 26).

Pode-se entender assim, que com base no exposto, diversas empresas em condições semelhantes afirmam que o eventual não atendimento da cota decorre de aspecto alheio à vontade destas, visto que estão impedidas de cumprirem o que delas se exige, de modo que a multa pelo descumprimento seria antijurídica.

Outro impedimento destacado por Moro (2008, p. 27) relaciona-se com a questão de que muitas vezes não há profissionais disponíveis para o trabalho. Isso faz com que sustentem a ideia de que há impossibilidade fática do objeto do negócio jurídico exigido, ou seja, o cumprimento da cota. Invocam assim, o que dispõe a alínea II, do artigo 104 do Código Civil: "objeto lícito, possível, determinado e determinável"; ou seja, não sendo possível encontrar no mercado candidatos dispostos a participarem de treinamento e cursos preparatórios condizentes com a atividade a ser desempenhada no ramo da empresa, mesmo após várias tentativas frustradas para o cumprimento do que dispõe a lei.

Ainda, alega-se como impedimento a sustentação do que se entende como reserva do possível, conceito oriundo da Alemanha, baseado em decisão da Corte Constitucional Federal. Essa tese se baseia no entendimento de que não se pode exigir de ninguém o cumprimento daquilo que é comprovadamente impossível, mesmo em virtude de alguma lei, ou seja, o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se encontre dentro dos limites do razoável ou do que seja capaz de realizar. (MORO, 2008, p. 28). Sobre tal fundamento, justifica-se que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, no sentido do que os indivíduos podem esperar da sociedade. Sendo assim, o autor expõe que toma-se esse entendimento como argumento para que não sejam aplicadas as referidas cotas trazidas pela lei, sob a tese de que ninguém, ou nenhuma empresa, seja punida por uma situação para a qual não concorreu.

Portanto, entende o autor (2008, p. 29) dentro desse contexto, que o próprio Estado, por vezes, traslada às empresas privadas suas obrigações, as quais deixa de cumprir e invoca-se a cláusula da reserva do possível para diversos descumprimentos sociais. Por esse aspecto, não receberia sanção a empresa que sob essa justificativa, descumprisse o que dispõe a norma, no que diz respeito às cotas de emprego para pessoas com deficiência.

Pode-se compreender assim, que dentro da reserva do possível, há a ideia de busca por um equilíbrio entre os direitos elencados no texto da constituição e demais legislações e a realidade da sociedade atual.

Por fim, cumpre-se apontar um último fato impeditivo trazido por Baars (2018, p. 25), que consiste na falta de interessados para o preenchimento das vagas oriundas das cotas, haja vista o recebimento do benefício de prestação continuada. Tal benefício refere-se às pessoas com deficiência física, com renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, e que não possuem condições de trabalhar. Estas então, têm direito ao recebimento do benefício de prestação continuada (BPC) no valor de um salário mínimo mensal. Dessa



forma, algumas empresas alegam que não há número suficiente de pessoas com deficiência para preenchimento das cotas, já que uma parte recebe o referido benefício. Cabe destacar, que este não é pago para toda pessoa com deficiência, já que seu direcionamento é justamente para o público que não é alvo da política de cotas, ou seja, "aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho", conforme preceitua o inciso II do art. 4º do Decreto nº 6.214/2007.

Verifica-se, portanto, que além das situações impeditivas alegadas pelos empregadores, conforme elencado acima, há que se considerar ainda, que não basta que as cotas sejam preenchidas em observância à norma legal, mas faz-se imprescindível que tais vagas sejam preenchidas por pessoas com deficiência que se achem preparadas para competirem e desempenharem suas atribuições de forma igual com os demais. Sendo assim, estes profissionais precisam estar em um ambiente que lhes proporcionem segurança e condições de competitividade, indo ao encontro, portanto, no que dispõe o texto constitucional sobre a igualdade e ainda, no que dispõe o Estatuto da Pessoa com deficiência.

## **6. Conclusão**

Pode-se afirmar, segundo o que foi exposto, que o direito a condições mínimas de existência deve ser não somente assegurado, mas efetivado, a fim de que o indivíduo possa viver de forma plena, digna, livre na sociedade.

Por outro lado, verificou-se ainda, que o reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência, em consonância com outros princípios fundamentais positivados no atual ordenamento jurídico, é um fator fundamental para o início do debate acerca dos direitos e garantias destinados a estes indivíduos, e principalmente, a base para regulamentação de medidas necessárias para a proteção dos direitos destes.

Observou-se, assim, que a legislação brasileira é composta de diversos dispositivos que visam amparar a pessoa com deficiência e proporcionar-lhes um modo de vida mais digno, haja vista que, conforme assegurado no texto constitucional, todos são iguais perante à lei, sem distinção.

Não obstante ao que está preconizado na Lei Maior e mais especificamente no Estatuto da Pessoa com Deficiência, importante se faz incluir o deficiente em todas as esferas da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive no ambiente do trabalho. Dessa forma, as ações afirmativas como as políticas públicas de prestação social, têm como objetivo proporcionar, no contexto da inclusão do deficiente no trabalho, maior acesso deste às vagas de postos de emprego.

Conforme abordado, uma das formas de se exteriorizar a política das ações afirmativas, que podem advir do poder público ou da iniciativa privada, é

o estabelecimento das cotas de emprego para o deficiente junto às empresas privadas; visando, a priori, uma maior inclusão desse público no contexto laboral.

Embora tenha havido um crescimento do número de deficientes inseridos no ambiente de trabalho, por conta da especial proteção que a legislação lhes outorga, o que se verifica é que, mesmo após a entrada em vigor da lei que estabelece as cotas de emprego para as pessoas com deficiência, junto às empresas privadas, muitos ainda não estão incluídos de forma efetiva e satisfatória. Assim, diversos são os fatores alegados pelas empresas e percebidos na realidade da sociedade atual, que buscam justificar o não cumprimento da referida cota legal.

Conclui-se então, que mesmo uma norma legal estabelecida com base em uma ação afirmativa, não tem o condão de inserir de forma plena a pessoa com deficiência no contexto do trabalho junto às empresas privadas. Haja vista que, conjugada à inclusão destas, também deve o poder público, a iniciativa privada e a sociedade como um todo, oportunizar sem embaraços, um acesso de qualidade da pessoa com deficiência no trabalho. De maneira que esta desempenhe suas atividades de forma digna, ativa e em igualdade de condições com os demais agentes que com ela convivam.

## **Referências**

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris,1948.

BAARS, Renata. **Análise sobre a reserva de cargos em empresas privadas para com pessoas com deficiência**. Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados de Brasília Distrito Federal. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-conle/tema15/2009-12741.pdf>. Acesso em: 12/08/2018

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, 10-01-2002. Brasília, DF, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05-10-1988. Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Brasília, DF, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13146, 06-07-2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 2015.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

\_\_\_\_\_. **A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho.** Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em [http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao\\_pessoas\\_defi12\\_07.pdf](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf). Acesso em 12/08/2018.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Editora Elsevier LTDA, 2004, São Paulo.

FONSECA, Maria Hermínia. **Direito ao Trabalho: Um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Editora LTR, São Paulo, 2009.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência.** Editora LTR, 2° Edição, São Paulo. 2016

MORO, Luis Carlos. **O Direito do Trabalho e Portadores de Deficiência Física- Regime de Cotas e sua Aplicação Prática.** Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, 225. Março/2008

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Editora Saraiva. 1° Edição. São Paulo, 2009.

## Autonomia da vontade da Fazenda Pública em celebrar Negócios Jurídicos Processuais

Alda Aparecida de Oliveira Rodrigues<sup>1</sup>  
Carla Micheli Batista da Silva<sup>2</sup>  
Rafaela Guedes Moreira Pinto<sup>3</sup>  
Gabriela Quinhones de Souza<sup>4</sup>

### Resumo:

O Código de Processo Civil trouxe modificações para implementação de um modelo processual cooperativo, a permitir que as partes tenham maior autonomia ao negociar os tramites do processo. A este “negócio jurídico processual” atribui-se também o nome de Princípio do Autorregramento da Vontade. O termo “Fazenda Pública” é utilizado para definir a figura do Estado como participante da relação jurídica, ou seja, pessoas jurídicas governamentais que figuram em um dos polos das ações judiciais. Por estar em pauta o interesse coletivo e sua supremacia do interesse público, há certas prerrogativas especiais estabelecidas para a atuação da Fazenda Pública em juízo. Por fim, o estudo da presente pesquisa é no sentido perquirir se a Fazenda Pública tem legitimidade para praticar atos do Autorregramento da Vontade, bem como suas limitações.

### Palavras-chave:

Autonomia da Vontade. Fazenda Pública. Negócio Jurídico Processual

---

<sup>1</sup> Bacharel em Administração pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB). Discente pesquisadora do Programa de Iniciação Científica do UGB.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB). Discente pesquisadora do Programa de Iniciação Científica do UGB.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB). Discente pesquisadora do Programa de Iniciação Científica do UGB.

<sup>4</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); Mestre em Direito pela Universidade Salesiano de São Paulo (UNISAL); Professora da Disciplina Direito Processual Civil. Vínculo Institucional Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB) e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). E-mail de contato gabrielaquinhones05@gmail.com. ORCID <http://orcid.org/0000-0001-8511-3159>

## 1. Introdução

Diante do pós-positivismo vivido pelo Direito Constitucional, houve um significativo deslocamento de paradigmas patrimonialistas para a pessoa humana (MARINONI, 2010). Os estudos atuais visam os valores da sociedade, seus princípios, os direitos da personalidade e a tutela da vida.

Nessa perspectiva, encontra-se o interesse público, defendido pela Fazenda Pública, que é a apresentação em juízo de uma pessoa jurídica de Direito Público

Interno. É, portanto, uma expressão legislativa utilizada em doutrinas e jurisprudências para designar situações processuais que envolvam o Poder Público.

A Fazenda Pública está submetida a um regime processual distinto das demais pessoas em decorrência, principalmente, do princípio da supremacia do interesse público, além de não possuir as mesmas condições tutelares dos particulares. Dessa forma, a autonomia da Fazenda Pública em transacionar ou negociar em juízo enfrentou diversos impasses ao longo de sua história.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), em 2015, pela Lei nº 13.105, houve o aprimoramento processual em decorrência de sua simplificação pela busca de sua efetividade e acessibilidade. A cooperação e valorização consensual deram lugar à rigidez normativa, promovendo a flexibilização na resolução de conflitos em juízo. Com a nova legislação processual, foi possível o estabelecimento da liberdade das partes em modular o processo segundo suas vontades, visando uma finalidade comum, abrindo margem para a negociação quando a Fazenda Pública se fizer presente como parte de um processo (DIDIER JR, 2015).

Assim, o objetivo desse relatório é estudar a viabilidade da negociação em juízo da Fazenda Pública frente ao novo Código de Processo Civil Brasileiro, destacando, então, sua autonomia, demonstrando os seus benefícios para a efetividade jurisdicional, flexibilizada pela vontade das partes envolvidas no processo, favorecendo a celeridade processual, bem como suas limitações.

## 2. Negócio jurídico

O Direito é o ramo das Ciências Humanas que rege as relações humanas jurídicas, que podem ser definidas pela interação entre pessoas, estabelecida por um vínculo que cria, modifica ou extingue direitos e deveres. Esse vínculo recebe o nome de fato jurídico, sendo este um evento (proveniente da ação humana ou não) com desdobramentos no âmbito jurídico. Maria Helena Diniz conceitua fato jurídico como sendo: Acontecimento, previsto em norma jurídica, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas. (DINIZ, 2009, p. 399)

Os fatos jurídicos subdividem-se em: ato jurídico (*latu sensu*) e fato jurídico (*stricto sensu*). O ato jurídico *latu sensu*, por sua vez, é aquele que decorre da vontade e ação humana, fragmentado ainda, em duas categorias, o ato jurídico *stricto sensu* ou meramente lícito, que é a ação praticada pelos sujeitos da relação por ato prescrito em lei, e o negócio jurídico, inicialmente sendo entendido como o acordo de vontade pactuado que gera efeitos jurídicos, devendo estes serem lícitos, de forma que não afetem sua validade, como veremos mais à frente.

A conceituação do negócio jurídico é de extrema relevância para seu estudo, contudo, o legislador não o fez, ficando a cargo da doutrina, que ainda, encontra dificuldade em fazê-lo. A divergência entre conceitos faz com que este instituto seja constantemente estudado no mundo jurídico. Para o mestre Miguel Reale: Negócio jurídico é espécie de ato jurídico que, além de se originar em um ato de vontade, implica em declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico. (REALE, 2002, p. 356)

Contudo, para Pontes de Miranda:

A prestante função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu*, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico *stricto sensu* consiste em manifestação de vontade. Frisemo-lo bem: manifestação de vontade: para que não incorramos no erro de definirmos como coextensivos, superponíveis de modo completo, a manifestação de vontade (suporte fático) e o negócio jurídico, que é apenas uma das classes dos atos jurídicos em que há, como elemento fático, manifestação de vontade. O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. (...) Negócio jurídico é classe de fatos jurídicos. E não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium* após a entrada desse no mundo jurídico. (MIRANDA, 2000, p. 29)

Os negócios jurídicos estão previstos no Livro III da Parte Geral do Código Civil de 2002, onde alguns requisitos foram estabelecidos para que este fosse um negócio jurídico perfeito, evitando que seja nulo ou anulável. Para tratar desses requisitos, é de extrema importância ressaltar a Escada Pontea, criada pelo jurista brasileiro Pontes de Miranda, a qual divide o negócio jurídico em degraus denominados: plano de existência, validade e eficácia.

O plano da existência abarca: agente, objeto, forma e vontade. Este primeiro degrau, caracteriza os elementos considerados mínimos para a constituição do negócio, para que esse não seja inexistente.

O segundo degrau, denominado plano de validade, prevê características para os elementos mínimos mencionados no primeiro degrau, para que o negócio possa se valer. Sendo assim, o agente deve ser capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei, tendo previsão legal no artigo 104, do Código Civil. Não mencionada no artigo anteriormente citado, a vontade do agente, deve ser livre, consciente e voluntária, não podendo ser caracterizado nenhum dos sete vícios da vontade (lesão, coação, erro, dolo, estado de perigo, fraude contra credores, simulação).

Ainda, o terceiro e último degrau, o plano da eficácia é composto por três principais elementos acidentais: termo, condição e encargo. Estes, estão ligados a satisfação dos direitos e deveres dos sujeitos. Para Flávio Tartuce:

Os elementos acidentais do negócio jurídico não estão no plano da sua existência ou validade, mas no plano de sua eficácia, sendo a sua presença até dispensável. Entretanto, em alguns casos, sua presença pode gerar a nulidade do negócio, situando-se no plano da validade."(TARTUCE, 2018, p. 184)

Diante do exposto, trataremos sobre um novo instituto trazido pelo CPC de 2015, que trata sobre os negócios jurídicos processuais, que são de fato o tema do presente artigo. Esta ferramenta tem por objeto redimensionar a figura geométrica processual basilar (triângulo), garantindo as partes maior autonomia e participação no processo, como uma proposta de autocomposição.

Essa figura em âmbito processual já era vislumbrada pelo CPC de 1973, contudo, apenas em sua forma típica. O que o NCPC trouxe, foi a previsão legal para que as partes possam convencionar negócios processuais atípicos, podendo negociar prazos processuais, produção de provas, etc. (TARTUCE, 2015)

Podemos citar o artigo 3º do NCPC, que positiva a autonomia da vontade privada, que garante as partes que manifestem suas vontades e possam realizar acordos processuais, antes e durante o curso do processo, o que de determinada maneira garante uma resolução mais pacífica dos conflitos.

Além do Princípio da Autonomia Privada, ressalta-se também o Princípio da Boa-fé objetiva, o qual deve estar embutido em todas as relações jurídicas, e foi trazido pelo NCPC. E também os princípios que regem o rito processual, como proporcionalidade, legalidade, publicidade, entre outros.

Outro princípio muito importante e que rege esses procedimentos é o Princípio da Cooperação, onde todos os envolvidos no processo devem colaborar o seu melhor desenvolvimento, devendo ainda, ser mencionado o Princípio do Autorregramento da vontade, que está constantemente em voga devido a sua grande visibilidade no âmbito do processo civil. (TARTUCE, 2015)

É importante destacar que nos seus artigos 190 e 191, o NCPD garante ampla autonomia as partes para que possam convencionar os negócios jurídicos processuais e assim intervir nos ritos realizados.

Quanto a natureza jurídica dos negócios jurídicos processuais, há grande divergência doutrinária, que se desenvolvem em estabelecer se este seria ato jurídico em sentido amplo ou sentido estrito. Contudo, a corrente majoritária entende que é ato jurídico em sentido estrito, por representar um ato já previsto pelo NCPD nos artigos supracitados (REALE, p. 201)

Apesar de garantida a autonomia de vontade das partes, caberá ao juiz fiscalizar a validade do acordo realizado entre as partes, sendo que este só poderá ocorrer de forma escrita, vedando o quando for passível de nulidade e houver inserção de cláusula abusiva.

Há ainda, algumas espécies de negócios jurídicos processuais estabelecidas no CPC/2015, como por exemplo: suspensão processual, eleição de foro exclusivo para estrangeiro, organização consensual do processo, escolha do perito, calendário processual, etc.

### **3. Autonomia da vontade da Fazenda Pública**

#### **3.1. Contexto histórico**

Desde o início da civilização, seres humanos seguem em busca de meios seguros de convivência. Nesse processo de construção, a associação entre a política e a economia era inevitável. Dessa maneira, surgiram as sociedades, em uma ideia de cooperação (TARTUCE, 2017, p. 2-5).

Assim como a sociedade evolui, também deve acontecer com o Direito. Autores de renomados nomes defenderam que o surgimento de uma sociedade seria através de um contrato, são eles: HOBEBES, LOCKE e ROUSSEAU. Também são chamados de autores contratualistas.

A partir do século XX, com o desenvolvimento das práticas de atos de comércio, os contratos passaram a ser imprescindíveis. Ao Estado, naquela época, não caberia a regulação da economia, somente com a limitação a atividade de observador da organização processada pelos indivíduos. Com isso, surge a ingerência do Estado nos contratos particulares. O Estado assistia passivamente o liberalismo econômico, onde o capitalismo funcionava livremente. Com esse movimento, o Estado passa a intervir nas relações



contratuais particulares, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais (CHAGAS, 2018, p. 35-45)

É sabido que a teoria dos contratos está em constante evolução, assim como acontece com a sociedade, e são as relações jurídicas que mantêm o vínculo entre sociedade e contratos.

### **3.2. Autonomia da vontade: conceito**

No âmbito social com a finalidade de alcançar os contratos dentro do Direito Civil, podemos destacar os princípios que não só orientam as pessoas na regulação dos contratos, mas também orientam e norteiam julgamentos de conflitos a essas relações contratuais. Classicamente os princípios da teoria geral dos contratos são: Autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade dos efeitos, mas que por força da constitucionalização do direito, por força de um novo Código Civil, houve a inclusão de mais dois princípios: função social e boa-fé objetiva. Dessa forma é o objetivo do presente artigo analisar a autonomia da vontade (TARTUCE, 2017)

Podemos afirmar que o princípio da autonomia da vontade é um dos mais importantes dentre a teoria geral dos contratos das relações contratuais. A justificativa se faz através de que as relações jurídicas são constituídas fundamentalmente através de três finalidades: circulação de riquezas; apropriação de bens ou relações afetivas. Mas de qualquer maneira, em todas essas relações, por serem privadas, a pedra fundamental delas é a vontade. Diferentemente das relações de Direito Público, onde o administrador, agindo em nome do Estado, não tenha essa autonomia devido a um princípio constitucional, o princípio da legalidade em sentido restrito. Onde o administrador só poderá atuar no que a lei autoriza ou regulamenta.

Quando nas relações privadas agimos pelo princípio da legalidade, esta será em sentido amplo, ou seja, podemos fazer tudo aquilo o que a lei não proíbe. Falamos de teoria geral dos contratos, mas qual o conceito de contrato? Conforme ensina Diniz (2009, p. 23), contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados.

Logo, o conceito de contrato é uma espécie de negócio jurídico que tem por objetivo criar, modificar e extinguir as relações obrigacionais. No conceito de Rodrigues (2007, p. 15), o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como interesse geral, ou não o contradigam.

Diante o exposto acima, a autonomia da vontade é o poder que a pessoa tem para estipular determinado negócio jurídico com outra pessoa, com plena liberdade para celebração de direitos e deveres, advindo do princípio da

liberdade, com a observância de preceitos legais, quando houver exigência, também chamado de liberdade contratual. Podendo ainda estipular conteúdo do negócio jurídico, ou seja, a prerrogativa da liberdade contratual. Onde possa presumir que os sujeitos se encontram em pé de igualdade para negociação.

### 3.3. Capacidade negocial da Fazenda Pública

Podemos considerar como expressão "Fazenda Pública", as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas), sendo assim, podemos identificar as pessoas jurídicas governamentais. São vinculadas ao princípio da legalidade *stricto sensu*, só podem agir no que a lei autoriza ou regulamenta. Sendo assim, não possui vontade própria, senão por meio de seus agentes públicos.

Atualmente, com a predominância da teoria do órgão, defendida por Helly Lopes Meirelles (2010, p. 68) em que: "segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna".

Ainda cabe outra explicação, pela Maria Sylvia Di Pietro (2010, p. 437) em que ela define, "a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio de órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação".

Fica claro que a Administração Pública não é contemplada com o princípio da autonomia da vontade, diretamente, mas o que pode legitimar com o princípio é por meio de seus órgãos, com a outorga do Poder Público para seus agentes públicos.

Isso porque colide com outro princípio fundamental na Administração Pública, a supremacia do interesse público sobre o particular, sendo assim foi determinada algumas prerrogativas especiais para a Fazenda Pública, que somente são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público, ainda em razão da supremacia do interesse público (CARVALHO, 2018, p. 62-65).

Dessa forma, tornou-se obrigatório reduzir a abrangência do conceito de "Fazenda Pública" para nele incluir somente as pessoas jurídicas de direito público interno, quer da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), quer da Administração Pública Indireta (autarquias, fundações públicas, associações públicas, agências reguladoras e agências executivas), além dos órgãos públicos despersonalizados dotados de capacidade processual especial (Ministério Público, Defensoria, Tribunais de Contas, Mesa do Senado, Câmara Municipal etc.). Importante destacar que as empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias) não integram o conceito de Fazenda Pública na medida em que, embora pertençam à Administração Pública, são pessoas jurídicas de direito privado.

Todavia, sabe-se que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos (exemplo: Empresa de Correios e Telégrafos – ECT) gozam de condição especial. Isso porque em alguns casos, quando por motivo de prestação de serviços, elas podem se beneficiar de algumas prerrogativas. O exemplo mais conhecido nesse sentido é entendimento do Supremo Tribunal Federal, na RE 220.903, j. 16/11/2000, embora seja pessoa jurídica de direito privado, ela tem os seus bens como impenhoráveis e deem pagar suas condenações através do regime de precatórios (STF. (14/11/2002). RECURSO ESPECIAL: RE 220906. Relator: Min. MAURICIO CORRÊA. DJ: 14/11/2002. Acesso em 10/10/2018, disponível em STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000258519&base=baseMonocraticas>)

Podemos citar também os conselhos de fiscalização profissionais, ainda que possuam personalidade jurídica de direito privado, mas se beneficiarão das garantias típicas das pessoas jurídicas de direito público. Por exemplo, no entendimento do STJ, garante a intimação pessoal na execução fiscal – RESP 1.330.473 (STJ - REsp: 1330473 SP 2012/0128357-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 12/06/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/08/2013. Acesso em 10/10/2018, disponível em Jusbrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23888250/recurso-especial-resp-1330473-sp-2012-0128357-0-stj/inteiro-teor-23888251?ref=juris-tabs>).

Dito isso, podemos afirmar que não só as pessoas jurídicas de direito público são abrangidas por essas prerrogativas. Em algumas hipóteses as pessoas jurídicas de direito privado poderão gozar dessas prerrogativas.

No âmbito do Processo Civil, a Administração Pública se beneficia do artigo 190, onde admite a celebração de negócios processuais sobre direitos em que admitam a autocomposição, facultando as partes convencionar direitos e deveres, tanto na fase que antecede a judicialização quanto no próprio decorrer do processo.

A Fazenda Pública tem capacidade para utilizar procedimentos autocompositivos, como ocorrem na mediação e conciliação (art. 33 da Lei 13.140/2015), mas também através dos procedimentos heterocompositivos (art. 1º, § 1º da Lei 9.307/1996).

#### **4. Negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública: afirmação da possibilidade da Fazenda Pública celebrar negócio jurídico processual**

Procuradores judiciais são titulares de cargos públicos privativos de advogados regularmente inscritos na OAB, eles constituem um órgão da Fazenda Pública, que nos atos processuais devem representa-la em juízo. Então, o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é

a Fazenda Pública presente em juízo. Em outras palavras, a Fazenda Pública se faz presente em juízo por seus procuradores. A capacidade postulatória é requisito indispensável para estar em juízo, o advogado legalmente constituído, inscrito na OAB, cumpre essa função.

A falta desse pressuposto, qual seja, não estar como parte devidamente representada por advogado, enseja ao juiz aplicar o art. 76 do CPC, suspendendo o processo e assinando prazo para a sanção do vício. Será extinto o processo, ressalvadas as causas de até 20 (vinte) salários mínimos que tenham curso nos Juizados Especiais Cíveis e quaisquer causas que tramitem nos Juizados Especiais Federais, não é necessária a presença de advogado nos Juizados Federais, independentemente do valor da causa.

A representação da Fazenda Pública decorre do vínculo legal mantido entre a Administração Pública e o procurador. Uma vez investido no cargo ou função, os procuradores públicos "... adquirem o poder de representação pela sua condição funcional, o que os desonera de apresentação de instrumento de mandato". Seu poder de representação está in re ipsa (inexoravelmente independe de comprovação) (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 36).

Segundo a clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à representação. Com efeito, "o órgão torna presente, portanto apresenta a respectiva pessoa jurídica de cujo organismo faz parte. Esta é a razão pela qual não se haverá de exigir a outorga de mandato pela União e demais entidades de direito público a seus respectivos procuradores" (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 36).

A Fazenda Pública é apresentada em juízo pela Advocacia Pública, instituição reconhecida nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal. Nos termos do art. 182 do CPC, incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração direta e indireta. Cada pessoa jurídica de direito público tem, em suma, sua própria representação.

Muito embora estejamos habituados a aprender nas Faculdades e na grande maioria dos livros didáticos à necessidade de o processo civil, à aplicação do direito civil ou privado como um todo processo (civil) voltado à solução e à aplicação de conflitos de interesses qualificados por pretensões (ou lides) originárias de situações regidas pelo direito civil.

Neste sentido, lançar uma luz tênue ao "Poder Público em Juízo" que possa ser sinônimo do estudo do processo civil voltado à resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito material público, na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito processual (inclusive o civil) é ramo do direito público. As subdivisões mais tradicionais deste grande

ramo do direito, ficaram, o direito constitucional, o direito administrativo e o direito tributário. Nesse diapasão, quando a Fazenda Pública está em juízo examina o modo de solução dos conflitos por uma das funções estatais, voltado à busca de uma finalidade pública – a apaziguamento social –, está-se diante de uma disciplina típica de direito público (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 36).

Contemporaneamente, o direito processual deve ser examinado, sistematizado e revisitado por sua desvinculação do direito material, de seu conteúdo (o direito material conflituoso) e, a partir daí, demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material, mas pensar suas formas, seus mecanismos, seus limites e tudo o mais. Relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguamento social.

O direito material público qualificado por uma pretensão resistida, enseja verificar, se está apartada do direito conflituoso, sob pena de comparar-se ao direito privado. As relações entre o processo e o direito material público representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para colocar à prova a utilidade e o grau de eficácia do processo, sempre voltado para a realização do direito material.

#### **4.1. Sugestões de formas de controle dos negócios ante a ausência de regulamentação específica; os efeitos do negócio na moralidade administrativa**

Para aprofundamento nas questões relativas à efetividade do controle dos negócios ante a ausência de regulamentação específica à realização de seus escopos, cito Dinamarco (1993, p. 149 - 270).

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.

Para Piero Calamandrei (1940), os direitos materiais indisponíveis ou de interesse público não podiam receber a mesma disciplina processual reservada para os direitos materiais disponíveis, de interesse exclusiva ou preponderantemente privado. Nessa toada, o processo se manifestasse diferentemente ou, quando menos, se amoldasse para as características de cada direito material para melhor desempenhar seu papel e sua função. Daí a sistematização doutrinária que empreendeu, distinguindo o processo civil inquisitório do processo civil dispositivo, consoante o grau de disponibilidade do direito material nele veiculado.

Resulta de tudo quanto se disse até agora que a estrutura especial deste tipo de processo civil que

estamos denominando de 'inquisitório' não é mais do que uma consequência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: também aqui se confirma a regra de que o processo, dado ser instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se de diferente maneira segundo as diversas exigências de seu objeto: é o espírito - que se adapta ao corpo.

Embora Calamandrei não tenha se valido do "direito público material" (o direito constitucional, o administrativo e o tributário, por exemplo) para comprovar o acerto de seu ponto de vista, o que deve ser extraído de suas lições é a necessária interferência do direito material no direito processual.

Além do exposto, no Brasil, a jurisdição é una e os conflitos envolvendo a administração pública delinea a solução definitiva, posto isso, as normas processuais (civis) deve estar em torno da realização desse direito. Sua eficácia, invariavelmente, está vinculada ao cumprimento das suas funções jurídica, sociais e políticas. Buscando, também, a necessidade de reduzir a distância do direito e do processo, (BEDAQUE, 1995, esp. pp. 12/18)

Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula.

Piero Calamandrei (1940, p. 235), enfatizando suas conclusões anteriores e não admitindo, ainda, que o tipo de processo inquisitório pudesse ser usado também para as questões calcadas no direito substancial público (em que o Estado é parte da relação jurídica). É certo que o texto mais recente traz maiores afirmações genéricas relativas à necessária relação entre um processo do tipo inquisitorial para bem e adequadamente realizar as situações substanciais indisponíveis. Para ele, "hablar de un proceso de tipo dispositivo para controversias sobre derechos indisponibles sería, en efecto, una contradicción en los términos" (op. cit., p. 356).

Bedaque (1995, p. 15/16) também alude à necessidade de o processo tratar diferentemente os direitos disponíveis e os indisponíveis, quando é o Poder Público que está em juízo o princípio do acesso à ordem jurídica justa deve ser observado (CF, art. 5º, XXXV). Inadiável, destarte, que o estudo do processo civil respeitante às relações jurídicas regidas pelo direito material público leve em consideração as características e as vicissitudes deste direito material.

Essa visão metodológica repousa pelo menos em duas ordens de considerações. A ampliação da interferência do Estado, em suas diversas órbitas — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas — no cotidiano da vida dos particulares. Não obstante as diversas modificações sofridas na Constituição de 1988, ainda é o que predomina entre nós, é a atuação intervencionista do Estado nas mais diversas relações, não só públicas, mas também privadas.

A segunda, seria um despertar para a cidadania no direito brasileiro com relação ao direito público e à sua finalidade, qual seja, a identificação — compulsória se for o caso —, dos limites desta crescente atuação do Estado conservando os espaços de livre atuação dos particulares, as liberdades públicas (os "direitos" civis, políticos e sociais), historicamente consagradas e constitucionalmente asseguradas.

Assim sendo, crescente o número de lides ou de conflitos de interesses regidos primordialmente pelo direito material público, se regidos pelo direito material privado, exclusivamente, tenderia a levar, em um curto espaço de tempo, à ineficiência ou à ineficácia resolução de conflitos de interesses um processo civil. Isso porque, observadas as qualidades dos conflitos, percebe-se que as regras instrumentais tem se alterado profundamente.

Na medida em que o direito material modifica-se substancialmente — seja no campo do direito público, seja no direito material, seja no próprio direito privado, evidencia-se a mutação generalizada que o direito material tem atravessado mais recentemente —, as regras de sua aplicação conflituosa — as normas processuais civis — precisam ser revistas, relidas e reinterpretadas para que possam, mesmo diante desta substancial alteração, ter alguma valia e eficácia. Para que possam realizar bem e adequadamente estes direitos materiais.

As normas processuais não podem ficar aquém das normas materiais sob pena de ineficiência de todo o sistema jurídico. Oportuno que seja feito um corte ou, não com exclusividade, mas em alto grau, com o direito material público. Não pode mais haver dúvidas de que o processo civil nada mais é do que um instrumento destinado ao atingimento de determinadas finalidades - o processo é meio, não fim. Quando este 'fim' se relaciona a lides regidas pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o 'meio' precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato. Em suma: o processo civil, como meio de aplicação do direito material, como veículo do direito material, tem, necessariamente, que se adequar e se adaptar para atender as expectativas de novos fins, destas alterações que vêm sendo sofridas pelo direito material.

A maior presença do Estado na vida cotidiana dos particulares, na exploração do domínio econômico, e a correlata, paulatina e desejável conscientização do acesso à justiça inclusive para questionar os limites e os acertos da atuação da própria máquina estatal. Se necessário, ou compulsório.

O processualista deve se preocupar também com a tutela e com a realização de outros direitos materiais, dentre eles, o direito material público. Com visões, análises e sistematizações do processo civil qualitativa e proporcionalmente diferentes.

A finalidade última do direito material público é a identificação dos limites da atuação do Estado frente aos particulares, à resolução do conflito de interesses entre estes e aquele, representa, em última análise, a realização e a concretização deste próprio modelo de Estado. Proteção de direitos e garantias dos destinatários do Poder e Estado de Direito enquanto realizador da legitimação das decisões políticas e do bem estar social.

Diante da magnitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do o controle amplo e irrestrito do Poder Judiciário (formal e material, portanto) para garantir o primado da lei. Se a grande conquista do Estado de Direito foi a de legalizar a vontade do rei a grande necessidade do direito processual (mormente em sistemas de jurisdição una como o brasileiro) é a de manter eficaz e efetiva esta legalização na atuação do Estado.

O Estado de Direito é a atuação estatal constrangida de acordo com os parâmetros legais, o controle jurisdicional dos atos do Estado que é responsável pela própria construção desse modelo político de Estado.

## **5. Considerações finais**

A utilização de soluções alternativas para resolver conflitos processuais tem sofrido um aumento significativo no cenário judiciário do Brasil. Nesse contexto, estão os negócios jurídicos processuais. Negócio jurídico processual é "a declaração de vontade revelada ou subentendida, a que são manifestados efeitos jurídicos, dando às partes o poder de escolha da categoria jurídica ou o estabelecimento de certas conjunturas processuais" (DIDIER JR, 2015).

A celebração de negócios jurídicos atípicos pela Fazenda Pública fundamenta-se na autonomia e liberdade de vontade, valorizando o consenso na resolução de conflitos em juiz (CARNEIRO DA CUNHA, 2018). Foi uma das conquistas mais significativas do novo Código De Processo Civil Brasileiro, estabelecendo o conceito de autorregramento da vontade processual, que é o direito fundamental, a capacidade da Fazenda Pública de promover a autorregulação de suas condutas processuais sem restrições.

A autonomia negocial da Fazenda Pública em juízo, apesar de abranger um nível de liberdade significativo, deve ser pautada no cumprimento de certos princípios, a fim de evitar uma atuação indiscriminada e leviana. É importante salientar que toda Administração Pública é regida por princípios e a autonomia processual em negociar não significa ignorá-los. Significa estabelecê-la, dentro



dos requisitos legais, sem a intermediação de um juiz, ou seja, um ato direto entre as partes.

Com o presente artigo, foi possível concluir que a Fazenda Pública está apta ao instituto da negociabilidade quando os direitos em questão forem passíveis de autocomposição, bem como o objeto negociado apresentar licitude e visar o interesse público precipuamente. É significativamente aconselhável e pertinente para a resolução de conflitos, já que promove a celeridade processual, bem como a extinção de processos, melhorando sobremaneira a dinâmica do sistema jurídico brasileiro.

## **Referências**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CALAMANDREI, Piero. **Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1940.

\_\_\_\_\_. **Estudios sobre el proceso civil**, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro:Forense, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª Ed., Salvador: JusPODIVM, 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIDIER JÚNIOR, F - **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros. 3ª edição, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva; 2009; p. 399.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

MARINONI, Luiz. Guilherme - **O projeto do Código De Processo Civil Brasileiro: críticas e propostas** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. 1ª. ed. Campinas: Bookseller. 2000. Tomo 3.

REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27ª ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8ª ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos**, 12ª ed.; v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Fernanda – **Resumão Jurídico** – Novo CPC. 1 ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Barros Fischer e Associados, 2015.

## A utilização das penalidades processuais como ferramenta para celeridade

Claudia Regina Lemos Pereira<sup>1</sup>  
Gabriela Quinhones de Souza<sup>2</sup>

### Resumo:

O presente trabalho aborda uma grande crítica sofrida pelo Poder Judiciário, qual seja, a lentidão da prestação jurisdicional e a efetividade na prestação jurisdicional. Além disso, examina como esse problema afeta diretamente a garantia constitucional do acesso à justiça e pretende analisar uma de suas causas. É sabido que a demora na entrega da prestação jurisdicional é uma questão antiga, e que possui diversas origens. Defende que a prática corriqueira de atos protelatórios e a utilização inadequada das ferramentas processuais são alguns dos fatores. Assim, o presente trabalho se justifica na medida em que apresenta contribuições consistentes para atacar essa faceta da morosidade processual a partir da aplicação de penalidades processuais (tais como as multas por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça) que se vislumbra como importante ferramenta para, ao menos, reduzir os efeitos negativos da morosidade processual e promover a celeridade processual.

### Palavras-chave:

Acesso à justiça. Boa fé processual. Litigância de má-fé. Ato atentatório.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM).

<sup>2</sup> Doutoranda pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Professora de Processual Civil. Vínculo institucional Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. E-mail de contato [gabrielaquinhones05@gmail.com](mailto:gabrielaquinhones05@gmail.com). ORCID <http://orcid.org/0000-0001-8511-3159>

## 1. Introdução

Este trabalho pretende pesquisar a problemática enfrentada no âmbito processual que tem gerado inúmeras polêmicas e discussões, a morosidade do Poder Judiciário, tema merecedor de muitas críticas e que leva o referido poder a tamanha descrença da sociedade em geral. Embora o artigo 5º, LXXXVII da constitucional, introduzido pela Emenda constitucional 45/2004 assegure a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação, nesse mesmo sentido, o art. 1º do NCPC estabelece que o instrumento processual será disciplinado e ordenado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição, quando concretamente as situações são levadas ao judiciário, deparamo-nos com um conjunto de práticas que tornam o sistema lento.

Mesmo com todo instrumento processual, há fatores de ordem pública que fogem ao alcance dos operadores do direito. O artigo 5º do NCPC impõe que aquele que participar do processo tem o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé, o que consubstancia a importância da participação de todos para atingir o objetivo final.

O presente estudo, portanto, visa mostrar que frente a constantes alterações da lei e às inovações propostas pelo Novo Código do Processo Civil, é necessária ainda uma participação de toda sociedade e de todos os colaboradores da justiça, a adotar uma postura responsável processualmente para buscar o desafogamento do Poder Judiciário e conseqüentemente garantirem o acesso à justiça.

É necessário entender que há muitos fatores que contribuem para a lentidão do judiciário e com o número elevado de ações que são distribuídas diariamente, certamente um problema difícil de ser sanado, porém, há instrumentos que podem e devem ser utilizados para ao menos amenizar a situação. Forçoso é reconhecer que não existirá Poder Judiciário eficaz sem a cooperação de esforços de todos os operadores do direito, responsáveis pela movimentação da "máquina judiciária" o próprio poder judiciário não funciona.

Impõe-se a necessidade da análise de utilização de medidas corretivas a fim de não se corromper a finalidade do poder judiciário, evitar que as pessoas recorram a ele para obter vantagens financeiras, pois se perde muito tempo que poderia ser utilizado em prol do andamento mais célere de várias outras demandas onde realmente há conflitos a serem analisados que acabam restando prejudicadas. Daí a grande importância de se realizar uma reflexão sobre litigância de má-fé.

Por fim, resta claro que em sua essência, o Novo código de processo civil busca diminuir os obstáculos ao acesso à justiça, em qualquer ordem, consagrando dentre outros a cooperação entre as partes em conjunto com os princípios constitucionais.

No que se refere à metodologia tem-se que, a abordagem do projeto será qualitativa; a outro tanto, quanto aos objetivos, será explicativa; por fim, segundo a classificação dos procedimentos a serem adotados, a pesquisa será bibliográfica e documental.

## **2. Acesso a justiça**

### **2.1. Conceito**

Entre as décadas de 60 e 80 o país enfrentou um golpe a democracia por meio da ditadura militar, as pessoas se viram limitadas no exercício de seus direitos civis e políticos, esse período ficou marcado como Estado de exceção. Em 1979 com o advento da Lei da Anistia, foi dado início a justiça de transição, que culminou na promulgação da "Constituição Cidadã". O foco desta constituição era restabelecer a ordem da cidadania e o Estado Democrático de Direito, trazendo em seu bojo as garantias fundamentais em conjunto com os direitos civis e políticos, que passaram a ser princípio norteador desse "Estado", e claro que ter acesso e pleitear a justiça é fundamental para garantir plenamente os direitos individuais e coletivos.

O Estado Brasileiro, ao aderir à Declaração Universal dos Direitos Humanos, se comprometeu sob a ótica internacional a garantir meios ao acesso à justiça a seus cidadãos e o movimento legislativo e judicante convergem neste sentido, como veremos no decorrer deste trabalho.

Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil o Acesso à Justiça constitui importante pilar na luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

Embora a interpretação literal do referido dispositivo nos remeta, a princípio, apenas a uma garantia que o indivíduo tem de postular em juízo a tutela jurisdicional do estado, é necessário entender que de forma ampla, o efetivo acesso à justiça se dá com a participação democrática dos sujeitos de um processo por meio de instrumentos que garantam oportunidades equitativas as partes litigantes, garantindo-lhes igualdade de condições perante a autoridade jurisdicional (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 12).

De acordo com Araken de Assis (2015), O interessado exercita o direito de provocar a justiça, de forma livre e ilimitada a partir da simples entrega de petição ao órgão jurisdicional, tal ato instaura com o Estado o vínculo que chamamos de processo, esse mecanismo permite ao pleiteante discutir qualquer direito ou pretensão perante outra pessoa ou o próprio Estado. A partir daí o Estado obriga-se a prestar uma resposta.

Devemos estar atentos que o acesso à justiça no entanto, garante o direito de prestação a cargo do Estado, não vinculando ao juiz a resposta positiva esperada pelo o autor quanto ao direito alegado, pode e é comum

ocorrer que, após análise dos fatos e provas, o Juiz chegue à conclusão de que o mesmo não tem o alegado direito perante o réu ou até mesmo se constatada a ausência de condições mínimas, que não tornem possíveis ao processo chegar a fase de mérito, o processo poderá ser encerrado sem a resposta pretendida pelo autor.

Não há que se falar aí em limitação ou restrição ao acesso à Justiça, pois houve o exercício pleno do direito.

## **2.2. As ondas reformatórias de Mauro Cappelletti**

Com o crescente interesse em torno do acesso à justiça, à medida que se implementam ações com o objetivo de dar completa efetividade a esse direito social básico, alguns empecilhos foram encontrados, estudos para transpor essas barreiras chegaram a soluções, que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra "Acesso à Justiça" dividiram em três ondas, conhecidas como ondas renovatórias.

A *primeira onda* foi destinada a prestação de assistência judiciária aos hipossuficientes, visto que economicamente se torna praticamente impossível o acesso à justiça ante aos altos custos de honorários advocatícios e custas judiciais, além disso, visto por um ângulo sócio cultural, muitas vezes a falta de informação em relação aos seus direitos e ainda a formalidade nas relações com advogados, intimidam as pessoas mais pobres em procurar um.

No ordenamento Brasileiro, nota-se a aplicabilidade dessa onda com o advento da Lei 1060 de 5 de fevereiro de 1950 que estabelece norma para assistência judiciária aos necessitados, com a instituição das Defensorias Públicas, por meio da Lei Complementar 80 de 1994, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, inclusive consagrando tal instituição como essencial a função jurisdicional do Estado em seu artigo 134, ainda, a Constituição inseriu como garantia fundamental a assistência integral e gratuita aos que comprovarem a hipossuficiência em seu artigo 5º, LXXXIV.

Importante destacar ainda que a concessão da gratuidade de justiça bem como seus requisitos, foi disciplinada no Código e Processo Civil que revogou boa parte da lei 1060/50. Segundo o disposto no § 3º do art. 99 do referido Código, a alegação de hipossuficiência feita por pessoa natural é presumidamente verdadeira, sendo permitido ao juiz negar a sua concessão apenas se houverem nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais.

Finalmente, com a finalidade de diminuir barreiras, especialmente no que se refere a formalidade, foram instituídos os Juizados Especiais que permite inclusive o acesso a jurisdição sem o acompanhamento de advogado (MARINONI, 2017).

A *segunda onda* surgiu no intuito de solucionar as barreiras em relação aos interesses difusos, ou coletivos, uma vez que o processo era utilizado para solucionar os conflitos existentes entre as partes, quando se buscava solucionar conflitos que se referiam não apenas a um indivíduo, mas a uma coletividade, esbarrava-se em empecilhos.

Foi necessária uma reforma nos princípios e conceitos dos procedimentos processuais, como legitimidade ativa, litisconsórcio, despesas com processo, ampla defesa, coisa julgada considerando que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo e a necessidade de legitimação de uma representação para interesses de massa.

Em um primeiro momento, foi do Ministério Público a atribuição para defender os direitos coletivos ou transindividuais, após, estendeu-se a outras instituições, tais como sindicatos, associações e inclusive a Defensoria Pública a possibilidade de atuar na defesa desses direitos (CAPPELLETTI. GARTH, 1988, p. 50). Há de se ressaltar que, uma vez que um representante está legitimado a atuar em prol da coletividade, os efeitos decorrentes da sentença terão efeito erga omnes (idem, 1988, p. 50).

Foi observado que, a representação dos interesses coletivos estava limitada pela falta de instrumentos processuais adequados, para suprir essa carência processual, o ordenamento brasileiro criou vários mecanismos, entre eles a ação popular, o mandato de segurança coletivo, o Código de defesa do consumidor e a ação civil pública.

Os maiores avanços foram percebidos com o advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de defesa do consumidor. A Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 inseriu algumas possibilidades jurídicas, como ação cautelar, liminar e antecipação de tutela e ainda confere legitimidade para atuação a entes públicos e privados.

Em relação ainda às custas processuais, os entes só passam a ser condenados a pagá-las, no caso de sucumbência, se os mesmos atuarem com má-fé (PINHO, 2012, p.540). Já a *terceira onda*, teve por objetivo superar entraves no que diz respeito a efetividade da tutela jurisdicional. Foi uma verdadeira busca pelo aprimoramento do mecanismo processual, a concentração dos esforços foi voltada a buscar novos instrumentos que conferissem maior acessibilidade e celeridade nos processos.

Como um grande produto desta terceira onda, temos a criação dos Juizados especiais cíveis, que além de abrir as portas do judiciário aos casos menos complexos, trouxe maior celeridade com a informalidade característica de seu procedimento. Merecem destaque o aperfeiçoamento das vias alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem, prevista na Lei 9307/1996 tornando possível a resolução dos conflitos com a intervenção de um terceiro neutro, disposto a direcionar o processo a um acordo.

O tema ganhou ainda mais reforço com o incentivo aos meios alternativos promovido pelo CNJ por meio da Resolução 125 que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o advento do Novo Código de processo Civil trouxe como regra a sessão de conciliação, prevista no art. 334 em que o réu, tão logo a ação seja distribuída, é citado para comparecer a uma sessão de conciliação ou mediação e da Lei 13.140 de 2015 que dispõe sobre a mediação (judicial e extrajudicial) como forma de resolução de conflitos.

Sobre a efetividade da tutela jurisdicional, Humberto Dalla Bernadina De Pinho considerou:

A efetividade, para a moderna processualística, tem valor fundamental, ao se reputar imprescindível à tutela dos direitos. Portanto, não basta propiciar apenas o acesso ao Judiciário, ou resolução do mérito.

Imprescindível é, a despeito de minimizar o conflito, que o sistema ofereça aos participantes do processo resultados justos e efetivos. (PINHO, 2012, p. 668/669)

Preocupado com a efetividade das decisões judiciais, o legislador inseriu também no novo Código de Processo Civil, o art. 77, IV que define como ato atentatório à dignidade da justiça o não cumprimento das decisões judiciais.

### **2.3. Acesso à justiça x acesso ao judiciário**

Como já vimos, o acesso à justiça não está vinculado apenas a garantir ao cidadão o acesso ao poder judiciário, embora seja uma de suas funções, além disso, deve se buscar o acesso a uma ordem jurídica justa, tal instrumento traz a necessidade da eficiência na prestação do direito.

Nas palavras de Cintra, Grinover E Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em Juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequenos valores, interesses difusos); mas para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 56)



Para alcançar a ordem jurídica justa é necessário que haja harmonia de outros princípios constitucionais, e aperfeiçoamento destes instrumentos, diminuindo as barreiras de acesso ao judiciário (como vimos nas ondas renovatórias), observando a ordem legal dos atos processuais (devido processo legal), oportunizando as partes o diálogo entre elas e destes com o juiz (contraditório), e utilizando todos os meios disponíveis para efetivação da tutela alcançada, fazendo com que “aquele que tem o direito receba tudo o que ele tenha direito” (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 56).

Além disso, entendendo que o acesso à justiça engloba todo e qualquer meio de solução de conflitos, vale destacar o papel importante que os meios alternativos (mediação, conciliação e arbitragem) desenvolvem no cenário atual. Nesse sentido, dispõe o Ministro José Barroso Filho:

O estímulo à prática da conciliação e a divulgação de métodos autocompositivos significa proporcionar uma solução efetiva para os conflitos. Sobretudo, reflete a postura de uma sociedade preocupada com a realização do bem comum, o que vai ao encontro da finalidade maior do Estado Democrático de Direito. A observância das medidas conciliatórias propicia maior rapidez na pacificação dos conflitos e não apenas a solução da lide, com resultados sociais expressivos e reflexos significativos na redução do número de processos judiciais. Somente quando as partes não conseguem chegar a um acordo, aí sim, deve-se utilizar a forma impositiva. Por isso, a conciliação deve ser incentivada e utilizada no processo, funcionando como verdadeiro filtro. Com a redução de processos conclusos para sentença, o juiz disporá de mais tempo para se debruçar sobre causas que efetivamente necessitem de sua função técnica. (Jose Barroso Filho – Entrevista dada ao conjur. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-08/entrevista-jose-barroso-filho-ministro-ouvidor-stm>>. Acesso em 18/09/2017)

Assim, o acesso à justiça se caracteriza na capacidade da realização do direito, tanto de forma judicial ou extrajudicial, considerando aqui todos os direitos, de forma a auxiliar o cidadão na satisfação daquilo que se busca.

O indeferimento do benefício pleiteado não caracteriza obstáculo ao acesso à justiça, pois mesmo com o pedido de justiça gratuita indeferido, o ordenamento jurídico dispõe de ferramentas que assegurem o acesso daquele não considerado hipossuficiente, seja parcelando as custas iniciais ou diferindo o seu recolhimento.

### 3. Boa-fé

#### 3.1. Origem e conceitualização

Com origem Romana, a boa-fé provem da palavra latina “fides” que significava honestidade, lealdade, confiança e sinceridade. (<https://jus.com.br/artigos/10519/a-boa-fe-conceito-evolucao-e-caracterizacao-como-principio-constitucional>).

No ordenamento jurídico, teve início também no Direito Romano, observado registro já na Lei das 12 tábuas norma que já determinava que “Se um patrono tiver cometido alguma fraude contra o seu cliente, que seja condenado”. (MARTINS-COSTA, 2016, P. 45)

Para os cristãos, na idade média, a boa-fé se traduzia na ausência de pecado, os indivíduos deviam pautar as suas ações dentro do contexto e ditames da igreja católica.

Embora encarada sob diversos ângulos, a boa-fé como princípio, vem nortear as relações jurídicas e contratuais (Haroldo Lourenço - disponível em <<http://haroldolourenco.com.br/artigos/boafeobjetiva.pdf>> acesso em 02/11/2017).

Acerca da conceituação de boa-fé, existem duas correntes. Uma, minoritária, que entende não mais haver distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, essa corrente entende que ambas normatizam a conduta do agente, já maior parte doutrinária e também jurisprudencial, admitem a existência da boa-fé vista por duas óticas, como passaremos a expor.

#### 3.2. Boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva está ligada a elementos internos do sujeito, elementos psicológicos, que se materializam na crença que a pessoa tem, a sua convicção. A pessoa eivada na boa-fé não está livre do cometimento de erros, mas ela crê que sua conduta é correta por desconhecer o fato que torna a sua ação viciada. O sujeito nesse caso ignora a ilicitude do seu ato.

Podemos então considerar que a boa-fé não é, necessariamente, dizer a verdade, mas é dizer a verdade pelo que acreditamos, ultrapassa o não mentir para outras pessoas é não mentir para si próprio.

Contrária à boa-fé do indivíduo, está a má-fé, que é a intenção do indivíduo de lesar outra pessoa. Para se analisar se o indivíduo está ou não na boa-fé, não se considera o fato, a conduta do agente, mas sim o seu conhecimento em relação ao ato que este pratica. Para exemplificar, em relação a Boa-fé subjetiva, aplicada na usucapião, discorre Martins-Costa:

No curso da elaboração jurisprudencial do instituto, a bona fides se entrelaça em modos diversos com os

requisitos da possessio ad usucapionem, de modo especial com a justa causa usucapionis. Sua configuração em termos subjetivos – isto é, como ignorância de se estar a lesar direito alheio – vinha para sublinhar o princípio segundo o qual o direito não premia aqueles que violam, consabidamente, direito alheio, temperando o requisito objetivo da justa causa. (MARTINS-COSTA, 2016, P. 75)

### **3.3. Boa-fé objetiva**

A boa-fé objetiva nada mais é que uma norma de conduta que, regula como as pessoas devem comportar-se, este princípio serve de norteador ético-social em todas as relações interpessoais.

É compreensível que sempre que existir vínculo, as pessoas devem agir com honestidade, lealdade e probidade, isso inclui as relações contratuais e processuais. Trata-se de uma regra ética de guardar a palavra dada e/ou o comportamento praticado, com a finalidade de não frustrar a confiança alheia.

Inserir-se no campo jurídico devido ao mandamento de respeito existente entre as pessoas envolvidas, sendo elas litigantes ou participantes de qualquer outra relação jurídica.

A boa-fé objetiva funda-se, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e no modelo do Estado Democrático de Direito, o que faz da boa-fé objetiva, embora não expressa na carta magna vigente, um princípio essencialmente constitucional.

### **3.4. Boa-fé processual**

O art. 5º do NCP e o enunciado 374 do FPPC consagram uma norma geral que impõem o comportamento de acordo com a boa-fé, extrai-se da cláusula geral que como independe de boa ou má intenção do agente, esse princípio processual está intimamente ligado a boa-fé objetiva, pelo que aqui identificamos o tipo de boa-fé aplicada no processo.

Didier sobre o princípio da boa-fé:

O princípio da boa-fé extrai-se de uma *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal [4]. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC é bastante,

exatamente por tratar-se de uma cláusula geral (DIDIER, 2015, p. 105)

Esse princípio traduz-se na exigência que faz o dispositivo em que as partes atuantes no processo comportem-se de maneira como geralmente se espera dos sujeitos que conduzem o processo, sempre pautando suas ações no plano da ética e da moralidade, em razão da lealdade e confiança que regem os princípios processuais e serve de norteador não apenas para as partes, mas a todos aqueles que de alguma forma participam do processo, seja eles auxiliares ou o próprio órgão jurisdicional.

Nesse sentido, novamente Didier:

Note que o destinatário da norma é “aquele que de qualquer forma participa do processo” (art. 5º, CPC), o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. A observação é importante, pois parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes. (DIDIER JR, 2015, P.109/110)

Identificamos como corolários do princípio da boa-fé a “nemopotest venire contra factum proprium” que impede que o sujeito assuma um comportamento contrário a outro anteriormente assumido, neste caso ocorre preclusão lógica, a garantia da ocorrência dos institutos “suprecio” que diante da inércia de uma das partes em exercer o seu direito, gera na outra a expectativa de que aquele direito não mais será exercido e “surrectio” que mediante a atitude de uma das partes, gera na outra a expectativa da ampliação de seus direitos, não previamente pactuados, e a proibição em se criar posições processuais (agir de má-fé). (<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41209/1/Venire%20Contra%20Factum%20Proprium-Completa.pdf>).

Parte da boa-fé processual também a imposição de sanções às condutas dolosas praticadas pelos sujeitos dos processos, a exemplo disso, temos as normas que conferem a determinadas ações a caracterização de litigância de má-fé e de atos atentatórios a dignidade da justiça.

### **3.5. Introdução ao princípio da cooperação**

Fundado na boa-fé, o princípio de cooperação vem para garantir uma efetivação leal e correta da prestação, independente da vontade dos litigantes, este princípio determina que todos devem cooperar para a justa composição do litígio. O processo então, deve ser fruto de uma atividade cooperativa, cada um com as suas funções, porém, com o objetivo comum de solução do litígio.

Neste princípio, o órgão jurisdicional assume uma posição assimétrica em relação às partes, sem destaques e protagonismos, transformando o processo em um verdadeiro diálogo, esse modelo cooperativo, imputa deveres aos sujeitos do processo, cujas responsabilizações e descumprimentos serão vistos a seguir.

Nesse sentido, o Novo CPC consagra o princípio da cooperação em seu art. 6º, o texto legal passa a exigir que os sujeitos do processo cooperem entre si para a obtenção de solução do processo com efetividade e em tempo razoável. É natural então, que o desrespeito ao dispositivo gere uma sanção mesmo não havendo previsão no próprio dispositivo.

#### **4. Punições processuais pelo descumprimento da boa-fé procesual**

Por tudo que já foi exposto no presente trabalho, não há como negar que todos os participantes devem proceder com a devida responsabilidade, com isso, o capítulo II, Título I do Livro III do Código de Processo Civil trata dos deveres das partes e dos procuradores (extensiva a todos aqueles que participam do processo) e da responsabilidade das partes por dano processual.

Com objetivo de inibir o descumprimento das determinações judiciais e a prática de atos ímprobos, o ordenamento jurídico prevê duas penalidades, uma em relação à violação dos deveres processuais, conhecidos como ato atentatório à dignidade da justiça e outra, referente à responsabilização daquele que causar dano processual a outrem, a chamada litigância de má-fé.

##### **4.1. Ato atentatório a dignidade da justiça**

O art. 77 do CPC elenca, não exaustivamente, alguns deveres das partes, procuradores e de todos aqueles que participam do processo, dentre eles, dois receberam atenção especial por representarem desrespeito à autoridade do Poder Judiciário, são eles, o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de qualquer natureza, e não criar embaraços à sua efetivação e o dever de não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

O CPC prevê que nesses casos, o Juiz deverá advertir aquele que tenha violado um desses deveres de que a sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade de justiça, previsto no art. 77, §1º do CPC, e como sanção para quem o comete, será aplicada uma multa pecuniária, conforme art. 77, §§2º e 5º. Sendo o objetivo dessa multa, punir atos que ofendam diretamente a autoridade e dignidade do órgão jurisdicional, ele pode ser aplicado de ofício pelo juiz.

Embora a parte contrária seja diretamente afetada pelo descumprimento desses deveres, o beneficiário da multa aqui mencionada é o

órgão jurisdicional, ou seja, a execução é realizada pela fazenda pública, devendo inclusive haver inscrição em dívida ativa, embora nada impeça que o adverso possa requerer a aplicação da multa e a sua execução.

Nesse sentido, leciona Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Diferentemente do que ocorre com a litigância de má-fé, a condenação imposta pelo juiz não reverte em proveito da parte contrária, mas em favor da Fazenda Pública.

É que, no caso de violação dos incisos IV e VI, o ofendido não é o adversário, mas a administração da justiça. Por isso, se não houver o pagamento, a multa será, após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, para que possa ser objeto de execução fiscal, revertendo aos fundos previstos no art. 97 do CPC. (GONÇALVES, 2016, P.208)

Importante destacar que por se tratar de uma multa com natureza coercitiva, nada impede que ela seja imposta cumulativamente a outra astreinte, inclusive a multa do art. 523, § 1º do CPC, que embora seja uma penalidade referente a não satisfação da execução no prazo legal, é destinada a parte diretamente afetada, ou seja, o exequente.

Outra característica dessa sanção se deve ao fato da penalidade recair apenas sobre a parte, aos os advogados, públicos ou particulares, e aos membros da Defensoria Pública não se aplica a multa por ato atentatório, qualquer responsabilidade dos mesmos deverá ser apurada pelo órgão de classe competente, mediante procedimento disciplinar, cabendo ao juiz oficial o respectivo órgão.

Acerca da aplicação do ato atentatório a dignidade da justiça, Daniel Amorim Assumpção Neves tece algumas críticas:

Não deve ser comemorada a regra do § 1.º do artigo ora analisado, prevendo que o juiz advertirá o sujeito – processual ou não – de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. Ao que parece, seguindo a tradição mantida dos atos atentatórios à dignidade da justiça na execução (art. 599, II, do CPC/1973 e art. 772, II, do Novo CPC), o legislador cria uma condição prévia para a aplicação da multa, o que poderá levar à sua nulidade se aplicada sem o aviso prévio.

Tratando-se de um ato continuado, até parece ter sentido a previsão como forma de premiar a parte que parar com a praticado ato diante do aviso do juiz. Por outro lado, em atos instantâneos a exigência não faz qualquer sentido, porque nesse caso será uma condição da aplicação da multa a repetição da conduta, o que viria a contrariar até mesmo o ideal do dispositivo de prestigiar a boa-fé. (NEVES, 2016, P.318/319)

Outra crítica observada em relação à aplicação da multa por ato atentatório a dignidade da justiça, diz respeito ao disposto no art. 334, § 8º do CPC, que prevê multa em caso de ausência injustificada na sessão de mediação ou conciliação. De fato, obrigar que partes que não desejam a conciliação aguardem a realização de um ato com esse objetivo, acaba por tornar o procedimento mais lento que o desejável.

Mais uma vez, discorre Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o assunto:

(...) o legislador não parece ter atentado para o fato de que a realização obrigatória dessa audiência, mesmo com parte que manifestamente não pretende a solução consensual, congestionará a pauta de audiências de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento. (NEVES, 2016, P. 1052)

Em caso recente o TJRJ reconheceu a prática de ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando a multa prevista no art. 77, § 2º, do CPC, no montante de 10% sobre o valor atualizado da causa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA, APLICANDO A MULTA PREVISTA NO ART. 77, § 2º, DO CPC, NO MONTANTE DE 10% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. A demanda originária está em fase de instrução, e, tendo o juízo a quo, intimado o agravante/réu para apresentar documentos para realização de perícia, o recorrente deixou de cumprir a determinação, motivo pelo qual foi imposta a multa. Matéria excluída do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil. Não cabimento do recurso de agravo de instrumento. Recurso não conhecido.

TJRJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0017469-30.2018.8.19.0000. Relator: Des(a). JDS RICARDO

Outro exemplo de ato atentatório à dignidade da justiça está na interposição de embargos à execução com finalidade meramente procrastinatória. Tal ato é assim considerado, pois o embargante agride o Estado ao mover de forma desnecessária a máquina do Poder Judiciário.

#### **4.2. Litigância de má-fé**

Segundo leciona Alexandre Freitas Câmara (2015, P.66/67), como consequência do dever de atuar com lealdade e boa-fé. Devem ser punidas as condutas processuais improbas. Sobre isso dispõe o art. 79 do CPC que imputa ao litigante de má-fé a obrigação de reparar os danos causados por sua conduta.

A litigância de má-fé se configura quando uma das partes comete um dos atos elencados no art. 80 do CPC, sendo certo que a reprovabilidade desses atos decorre da obrigação já mencionada, fundadas no dever de lealdade e boa-fé.

Segundo Daniel Neves (2016, P.322), existe divergência doutrinária a respeito deste rol: para alguns se trata de rol exemplificativo e para outros de rol exaustivo, parecendo preferível o segundo entendimento em decorrência de regra de hermenêutica que determina interpretação restritiva para normas restritivas de direito.

Importante destacar que a responsabilidade processual que aqui se verifica é a subjetiva, ou seja, além do dano e do nexo de causalidade, deve ser observada a intenção do agente em violar a boa-fé objetiva. Dessa forma, qualquer dessas condutas autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer parte, condenar o litigante ao pagamento de multa.

A multa a que se refere o parágrafo anterior, conforme previsto no art. 81 do CPC, será superior a 1(um) e inferior a 10 (dez) por cento do valor atualizado da causa, podendo, no caso de valores irrisórios ou quando o valor da causa for inestimável, ser até 10 vezes o valor do salário mínimo vigente, na forma do dispositivo 81, §2º do CPC.

Diferente da multa por ato atentatório, estudada anteriormente, a multa aqui imposta ao litigante tem como beneficiário a parte contrária, que deverá liquidar por arbitramento ou procedimento comum nos próprios autos, já a multa imposta aos serventuários pertencerá ao Estado ou União, a depender de onde o processo tramita.

Em outro caso recente, agora, o TJRJ reconheceu o ato meramente procrastinatório e aplicou a penalidade de litigância de má-fé:



DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMÓVEL DADO EM GARANTIA EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. DECISÃO DEFERINDO O PEDIDO DE ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL AO CREDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE DECISÃO PRECLUSA. MANIFESTO INTUÍTO DO AGRAVANTE DE INDUZIR O ÓRGÃO JUDICANTE A ERRO. ATO PROCRASTINATÓRIO. MÁ-FÉ. MULTA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 - Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deferiu a adjudicação de imóvel penhorado à exequente, afastando a proteção legal inserida na Lei nº 8.099/1990. 2 - Compulsando os autos da execução por título extrajudicial, verifica-se, a fls. 65/67, que o Agravante peticionara, em 27/06/2006, arguindo a impenhorabilidade do imóvel, amparado na Lei 8.009/90. 3 - O d. Juízo a quo proferira decisão enfrentando a questão, a fls. 74, dos autos principais, em 10/01/2017, contra a qual não fora interposto recurso. 4 - Na referida decisão, o Agravante, já condenado por litigante de má-fé em embargos do devedor, fora advertido pelo d. juízo a quo por sua conduta e, em caso de reiteração, na sanção prevista no artigo 601, do Código de Processo Civil de 1973. 5 - Posteriormente, peticionou o Agravante, a fls. 247/259, em 08/12/2016, após 10 (dez) anos, alegando que o imóvel não poderia ser adjudicado por ser bem de família, tendo sido proferida a r. decisão de fls. 280, rejeitando as alegações e deferindo a adjudicação do imóvel, contra qual se insurge o presente recurso de agravo de instrumento. 6 - O Agravante, de má-fé, tenta ripristinar argumentos já analisados e julgados por r. decisão não atacada por qualquer recurso e sob o manto da preclusão consumativa. 7 - O Executado procura eternizar a discussão acerca do tema, repisando os mesmos argumentos, com intuito de prolongar o feito, que já se arrasta por mais de 10 (dez) anos. 8 - A interposição de recurso com o objetivo de impugnar provimento jurisdicional idêntico a outro (já julgado) caracteriza conduta contrária à garantia constitucional da razoável duração do processo, bem como ao princípio processual da cooperação. 9 - Litigância da má fé, nos termos do art. 80, inciso IV e VII, do C.P.C., com a condenação do mesmo no pagamento de multa no valor correspondente a 2% (dois por cento) do valor corrigido da causa. 10 - Recurso conhecido e não provido.

TJRJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0007441-03.2018.8.19.0000. Relator: Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO - Julgamento: 23/05/2018 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

Como pode ser visto, o Poder Judiciário e o legislador de forma geral preocupam-se com os atos relacionados atos de má-fé e sempre que o mesmo é praticado, uma punição processual é aplicada ao agente. Tanto que o deferimento de gratuidade de justiça não afasta o dever de pagamento das punições processuais. Esta é uma faz formas do legislador rechaçar a pratica de atos desleais no processo (art. 98, §4º CPC).

Vale ressaltar que punição por atos que ofendam a boa-fé processual não está prevista exclusivamente no art. 77 c/c 80 do Código de Processo Civil. Como exemplos de outras situações previstas pelo legislador como prática abusiva da lealdade e dever jurídico de ética processual tem-se, por exemplo: (i) ação monitória proposta indevidamente e má-fé de pagamento – art. 702, §10 CPC; (ii) interposição de má-fé de embargos monitórios – art.702, §11 CPC; (iii) interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente – art. 1021, §4º CPC; (iv) interposição de embargos de declaração com caráter meramente protelatórios – art. 1026, §§ 2º e 3º CPC. Assim, a atuação da parte que agrida a boa-fé objetiva processual será punida pelo Estado.

Apenas para fins de ilustração traz-se a colação abaixo um pequeno quadro comparativo entre litigância de má-fé ato atentatório à dignidade da justiça.

Litigância de Má-fé	Ato atentatório à dignidade da justiça
Multa revertida em favor da parte contrária	Multa revertida em favor da fazenda Pública (Estado – Justiça Estadual e União – Justiça Federal), com previsão de algumas exceções de multa em favor da parte contrária
Cobrança nos próprios autos pela parte beneficiada	Se devida à Fazenda Pública e não paga leva a inscrição na Dívida Ativa a instruir futura execução fiscal
Ofensa à boa-fé objetiva processual	Ofensa ao Próprio Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional

## **5. Conclusão**

Embora não haja um único “vilão” para a lentidão do judiciário, não se pode negar que os atos imprudentemente praticados pelas partes contribuem

muito para que isso aconteça e que prejudica não só um único indivíduo, mas todo o jurisdicionado.

Verificamos no estudo que qualquer obstáculo ao ingresso ou a efetividade jurisdicional atinge diretamente um direito de qualquer cidadão, que é garantido pela Constituição Federal, o acesso à justiça.

Vimos que o princípio da cooperação deixa evidente que o regular andamento de um processo é dever não apenas do Juiz, e sim de todas as partes que dele participam, ou seja, todos devem agir de acordo com a boa-fé que se espera de qualquer indivíduo honesto.

Observamos que quando as pessoas não agem com a boa-fé que se espera, ou até mesmo, em alguns casos, agem propositalmente de má fé, que o ordenamento jurídico criou meios de punição, como forma de inibir que tais atos sejam repetidos por aquele que os cometeu ou como exemplo para aqueles que agem ou pensam em agir de igual forma.

Mas a pergunta que levou a elaboração desse trabalho é: "a má-fé processual contribui para a morosidade processual?" De fato, como já falado anteriormente, os atos praticados pelas partes com o intuito de protelar o desfecho de um processo, interferem em um todo, e atinge diretamente no andamento regular daquele processo e de todos os outros.

E quanto à aplicação das penalidades processuais, auxiliará na busca da celeridade? Como toda a ferramenta processual, acredito que elas também devem ser colocadas em prática, pois quando passarem a ser efetivamente utilizadas, os operadores do Direito terão receio de agir contrariamente ao esperado tornando o andamento dos processos mais céleres e efetivos.

Certo é que o acesso a uma justiça célere e efetiva é sim um direito, mas também um dever de todos.

## **Referências**

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume I: Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO FILHO, José. Ter acesso à justiça não significa ter acesso ao judiciário. Revista Consultor jurídico, internet, 08 de abr. 2015. Entrevista a Maurício Cardoso. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-08/entrevista-jose-barroso-filho-ministro-ouvidor-stm>. Acesso em 18/09/2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça: Trad. Ellen GracieNorthfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo -31ª ed.-São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza.-6. ed.- São Paulo: Saraiva, 2016.- (Coleção esquematizado").

LOURENÇO, Haroldo. A Boa Fé objetiva no contexto de um processo civil cooperativo à luz do CPC brasileiro e português. Disponível em <http://haroldolourenco.com.br/artigos/boafeobjetiva.pdf>. Acesso em 02/11/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro. Disponível em <file:///C:/Users/04097/Downloads/1770-3637-1-PB.pdf>. Acesso em 12/09/2017.

MARTINS-COSTA, Judith A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm,2016.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. A celeridade no Novo CPC. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-celeridade-no-novo-cpc>>. Acesso em: 25 de set. De 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Direito processual civil contemporâneo, volume 1: teoria geral do processo- 4ª ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Juizes e Advogados – Entendendo a relação. REVISTA DO DIREITO. Nº 91, Rio de Janeiro, 2012: Abr./Mai/Jun.

\_\_\_\_\_. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 abr. de 2018.

\_\_\_\_\_. LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 novembro. de 2017.

## **Direito ao aborto: a interferência do direito penal na autonomia privada da mulher**

Flaiza Sampaio Silva<sup>1</sup>

### **Resumo:**

O trabalho apresenta a discussão do crime de aborto e seu paradoxo entre os direitos de liberdade de escolha e de reprodução, e tem como objetivo principal balancear, através da opinião de estudiosos, até que ponto o Direito Penal pode influir no domínio privado do cidadão, e se o aborto, na sociedade, é visto como um crime e grave violação do direito à vida ou como uma intervenção desproporcional no domínio privado da mulher, desrespeitando a dignidade da pessoa humana.

### **Palavras-chave:**

Aborto. Código Penal. Direito à vida. Liberdade. Dignidade da pessoa-humana.

---

<sup>1</sup> Graduada pelo curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Polo Universitário de Volta Redonda (PUVR). Membro fundador do grupo de pesquisa Directus da UFF, PUVR. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Contemporâneo (NEDC) da UFF, PUVR, de 2013 a 2015. Pesquisadora na área de direitos sexuais e reprodutivos. Membro do grupo de pesquisa "Hipernomia no Estado de Direito" em 2014. Integrante do CADOM (Centro Acadêmico Dom Waldyr Calheiros), do Curso de Direito da UFF, PUVR, de 2014 a 2016. Estagiária no Ministério Público Federal de 2015 a 2017.

## 1. Criminalização e princípio da proporcionalidade

Através da apresentação do contexto histórico de formação do país, busca-se analisar a formação da legislação brasileira, e demonstrar como a Igreja Católica contribuiu para a criminalização do aborto ao longo do tempo. Tem por escopo, também, explicitar como os movimentos feministas cresceram no país e foram responsáveis pela evolução do direito da mulher. Por fim, explica o paradoxo da criminalização do aborto dentre o paternalismo jurídico penal e o princípio constitucional da proporcionalidade

### 1.1. Histórico da criminalização do aborto

O processo histórico de criminalização do aborto no Brasil data da época da colonização. Os portugueses, desde o início, queriam povoar a colônia, e para isto, definiram três vertentes de normas que deveriam pautar o comportamento sexual das mulheres. De acordo com Mary Lucy Murray Del Priore<sup>2</sup>, eram estas: a luta contra relações consensuais e concubinárias fora do controle do Estado e da Igreja Católica; a proibição, em 1606, de conventos de freiras, com o argumento de que deveria se povoar a terra brasileira com pessoas honradas e a imposição do matrimônio, juntamente com a luta contra qualquer forma de controle malthusiano.

Nesse diapasão, o aborto mostrava-se como uma forma de controle demográfico desaprovado pela metrópole e pela Igreja, que então, deveria tomar providências para evitar qualquer forma de difusão desta prática que, segundo o historiador francês Jean-Louis Flandrin<sup>3</sup>, era usada, principalmente, para concepções de relações extraconjugais.

O vasto conhecimento de plantas permitia as índias realizarem o aborto de maneira quase que comumente, sendo noticiado em uma carta do padre José de Anchieta, em 1560, como absurdos desumanos.

Del Priore explica como era inserido na sociedade o tema do aborto:

As teses de moralistas e canonistas tornavam-se perceptíveis às camadas populares e aos fieis, sobretudo pelos manuais dos confessores. Eles traziam recomendações precisas para condenar sistematicamente

---

<sup>2</sup> DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. Revista Bioética. 1994, p. 43-51

<sup>3</sup> FLANDRIN apud EMMERICK, Rulian. Religião e Direitos reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa. Lumen Juris. 2013, p. 35.

o aborto, controlar suas formas e puni-lo com penitências que variavam de cinco a oito anos de duração.<sup>4</sup>

O grande crime não era o de ter filhos fora do casamento, como a Igreja desejava estigmatizar e trazer como pecado, mas aquele de ter matado o próprio filho. Assim, a valorização da maternidade se encaixava nas necessidades demográficas da colônia e incentivava uma exaltação do poder de fecundidade da mulher, na qual o aborto é uma maneira de ferir. Dessa forma, a sexualidade da mulher se tornava algo público. Confessores visitavam a casa e perguntavam sobre tudo. O corpo da mulher reprodutora era algo de conhecimento público, bem como a atitude de parteiras que induziam ou não esta mulher ao aborto.

A Independência do Brasil, em 1822, não alterou basicamente em nada as relações entre Igreja e Estado. O artigo 5º da Constituição Brasileira de 1824 trazia a religião católica como a religião oficial do país. A separação jurídica só se deu em 1891, como bem salienta Rulian Emmerick:

As relações entre a Igreja e o Estado, no Brasil, foram historicamente conflitivas e contraditórias, e o regime de separação em vigor desde a Constituição de 1891 foi mantido na carta de 1934. No entanto, a separação entre a Igreja e o Estado passou por um processo de relativização com a chegada de Getúlio Vargas ao poder e, conseqüentemente, em decorrência de mudanças constitucionais que permitiram inúmeras colaborações entre a Igreja e o Estado.<sup>5</sup>

Nesse contexto é que, como bem diz Oliveira<sup>6</sup>, houve uma concordata não escrita entre Igreja e Estado, pois embora oficialmente separada do Estado, ela se torna a guardiã da Ordem social, tendo seu papel reconhecido pelo poder público. E é neste ponto da história do Brasil que entra em vigência o Código Penal de 1940, em vigência até os dias de hoje. Porém, deve-se levar em consideração que o século XX foi um marco no aspecto de avanço em todos os ramos do conhecimento, como, por exemplo, das ciências médicas, humanas e tecnológicas. Um século onde as guerras foram marcantes, e revoluções e conquistas que a humanidade jamais havia assistido foram postas em prática.

---

<sup>4</sup> DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. Revista Bioética. 1994, p. 43-51

<sup>5</sup> Ibidem

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Fátima. Repressão policial, ideológica e política contra o aborto no Brasil. 2006, p. 42.

## 1.2. Feminismo e direito à sexualidade

Assim, as mulheres foram, em luta, conseguindo, mesmo que de modo relativo, seu espaço na sociedade. Como bem disse TORRES<sup>7</sup>, mesmo com este cenário otimista, chega-se ao novo milênio com uma significativa e lamentável desigualdade entre homens e mulheres, notadamente no campo da sexualidade e da reprodução, em que o tema do aborto é o mais exemplificativo.

Autoras como Simone de Beauvoir e Betty Friedman surgem na onda de feminismo de segunda ordem, que foi uma reestruturação no movimento feminista após a Segunda Guerra Mundial. Esta reestruturação trouxe como pauta questões relativas ao corpo, ao prazer, e sobretudo, ao patriarcado.

Obras como "O segundo sexo" (1949) de Simone de Beauvoir, e "A mística feminina", de Betty Friedman, foram como nortes ao movimento. Beauvoir nos trouxe a famosa frase "não se nasce mulher, se torna mulher", e esta frase desmistifica a noção do feminino definido pelo órgão genital, e traz à tona que o feminino é uma construção história, cultural e social, basicamente, o que a sociedade impõe é o que a mulher acredita ser certo para si.

Friedman nos mostra como a infantilização da mulher era um dos maiores problemas da época, pois limitava a mulher a dois papéis na sociedade: Casamento e maternidade.

Entretanto, como bem ressaltado por Joana Maria Pedro<sup>8</sup>, "esta percepção excluiu as mulheres negras e pobres, que deveriam, além de vivenciarem as experiências do casamento e da maternidade, estarem expostas às relações de classe e ao racismo. Assim, nesta segunda onda do movimento nos foi introduzida a categoria "gênero", para mostrar que as diferenças entre homem e mulher não estão pautadas somente no critério biológico, mas são constitutivas da esfera cultural e identitária.

No Brasil, o movimento feminista tem sua primeira vertente em 1933, com os manifestos pela conquista do voto feminino. Tem uma retomada nas décadas de 1960 e 1970, nos movimentos contra a ditadura. Como explicita MARTINS E GOULART<sup>9</sup>, "lutar pela democracia significou para essas mulheres,

---

<sup>7</sup>TORRES, José Henrique Rodrigues. O aborto como um direito numa perspectiva filosófica e jurídica. In: CUNHA COLETIVO FEMINISTA. Toques de Saúde., João Pessoa. Nº4, outubro de 2004.

<sup>8</sup>PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. História Vol. 24 nº 1. São Paulo. p. 79. 2005

<sup>9</sup>MARTINS, Fernanda. GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação do gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 123, Setembro de 2016, p. 07.



não somente se opor a ordem vigente, mas também opor-se aos papéis construídos historicamente".

Nessa toada, MARTINS e GOULART explicitam bem a necessidade da discussão do aborto, pois "problematizar sobre o aborto gera como consequência para o debate o questionamento da maternidade, a qual se caracteriza como um modo de representação de um papel compulsório, como se fosse tendência natural e desejo comum de todas as mulheres." Entende-se que discutir sobre o aborto:

Significa também discutir sobre igualdade, pois, sem o controle da reprodução, a atuação das mulheres no âmbito profissional e político serão desiguais em relação aos homens, uma vez que a experiência da gestação implica no afastamento destes espaços.<sup>10</sup>

Assim, a manutenção da criminalização do aborto é também a manutenção da desigualdade de gênero, e estimular a desigualdade de gênero é ir contra toda e qualquer forma de luta pelos direitos humanos.

### **1.3. Paternalismo Jurídico Penal e Princípio da Proporcionalidade**

O Estado, ao tutelar os direitos sexuais e reprodutivos, fere gravemente a autonomia da mulher enquanto cidadã e ser capaz, indo na contramão da dignidade da pessoa humana. Como pode-se entender, os direitos sexuais e reprodutivos se enquadram como direitos humanos, mas o processo de definição do mesmo como tal foi um processo de construção ao longo do século XX.

Desse modo, o Estado deveria ponderar suas ações, através da legislação paternalista e dos direitos das mulheres. Nessa base, leva-se em consideração o Princípio da Proporcionalidade. Previstos na Constituição Federal de 1988, os princípios não se confundem com as regras. Para ALEXY, "os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alta, e as regras, normas de um grau relativamente baixo.

Tem-se, desse modo, o Princípio da Proporcionalidade como um norteador de decisões, e que tem como campo principal de atuação o dos direitos fundamentais, para que assim, proteja o cidadão de intervenções estatais exageradas e/ou desnecessárias, que podem vir a causar danos ao sujeito. Mesmo que não previsto expressamente na constituição federal de 1988, vem como complemento do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>10</sup>MARTINS, Fernanda. GOULART, Mariana. Op.Cit., p. 09.

Na pauta da descriminalização do aborto, nós ingressamos na discussão da autolesão, no princípio da proporcionalidade e na autonomia da mulher para dispor do próprio corpo. MARTINELLI explica que:

O Estado pode apenas coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo quando a finalidade dessa coerção for a defesa de interesses alheios, que não sejam da própria pessoa coagida. Assim, *a priori*, não cabe ao Estado preocupar-se com condutas auto lesivas, pois cada um é o melhor juiz sobre si mesmo.<sup>11</sup>

Nesse diapasão, o Estado deve equilibrar, através de proporcionalidade, até onde o crime de aborto afeta a sociedade no geral, ou se ele se enquadra em uma questão da mulher, e tutelar seus direitos reprodutivos e sexuais exacerba o lado paternalista estatal, e fere os direitos fundamentais no âmbito nacional, bem como os tratados<sup>12</sup> dos quais o país é signatário, dando o poder destes direitos serem ostentados como direitos humanos.

## **2. O aborto no processo penal**

Entende-se como aborto a interrupção da gestação em quaisquer de suas fases com a consequente morte do feto. O chamado ciclo gravídico tem início com a recepção do óvulo fecundado pelo útero e seu término dá-se com a expulsão do feto. Deste modo, para haver crime, a expulsão do feto deve ocorrer de modo voluntário, ou provocado, como alguns autores preferem.

De acordo com estudos recentes<sup>13</sup>, estima-se que ocorram cerca de 1.054.243 abortamentos por ano no Brasil. Dados alarmantes em confronto com a legislação proibitiva. GALLI e MELLO explicitam:

Uma reflexão sobre a atualidade e a eficácia da lei penal vigente faz-se necessária diante da realidade do

---

<sup>11</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. 2010, p.31.

<sup>12</sup>Importante citar a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, e a Quarta Conferência Mundial das Mulheres de Beijing, de 1995, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, já citada neste trabalho.

<sup>13</sup>ADESE, Leila e MONTEIRO, Mário. Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais. 2007. IPAS BRASIL/IMS/UERJ.

abortamento no país, segundo estatísticas alarmantes, que alçam o aborto para problema de saúde pública.<sup>14</sup>

Temos, em decorrência, o tema saúde-pública como um dos protagonistas da discussão e, dessa maneira, nós conseguimos alcançar o grande entrave: o aborto não deixa de acontecer, pois mesmo tipificado como crime, mulheres não deixam de realiza-lo. O bem jurídico tutelado nesse caso, que seria a vida do feto, prevalece sobre o bem jurídico da vida da gestante, que sofre muitas vezes, além do procedimento de abortamento, graves consequências futuras, quando não a morte. Todo este processo é fortemente marcado pela desigualdade social.

A desigualdade social aflora num país onde o aborto é realizado por mulheres que podem pagar por um procedimento seguro, e aquelas que não podem, padecem com a vida, verificando-se, portanto, que as mortes de mulheres pobres, e em sua grande maioria, negras, são descartadas da visão de problema social, e o problema do aborto fica cada vez mais sendo deixado de lado, visto que mulheres de classe alta tem a devida segurança para procurar e pagar clínicas de aborto seguras, sem citar os abortos malsucedidos que trazem ao mundo crianças com diversos problemas de saúde, quando não problemas cognitivos e/ou de formação, que refletem em toda a existência da criança.

O grande ponto que devemos suscitar na discussão do aborto é a sua quase ínfima penalização. Como nos mostra ARDAILLON:

Nessas circunstâncias, é importante saber que o aborto é de fato um crime raramente punido quando as acusadas são as gestantes, levemente penalizadas nos casos de parteiras, enfermeiras e outros agentes e, surpreendentemente pouco punido mesmo quando esses agentes provocam a morte das gestantes.<sup>15</sup>

Dados coletados por pesquisadores<sup>16</sup> nas décadas de 1970 e 1980 mostram que a maior parte dos processos relativos ao crime de aborto são inquéritos policiais arquivados por falta de indícios comprobatórios capazes de embasar uma denúncia, para que o juiz aceite esta denúncia e dê seguimento a ação penal ou até mesmo processos com sentenças de impronúncia.

---

<sup>14</sup> GALLI, Maria Beatriz. MELLO, Maria Elvira Vieira de. A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social. Juízes para a democracia. Nº 12. Dezembro 2007 a Fevereiro 2008, p. 08.

<sup>15</sup> ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 22, p. 200 a 232.

<sup>16</sup>ARDAILLON, Danielle. *O aborto no judiciário: uma lei que justiça a vítima*. Novos olhares: mulheres e relações de gênero no Brasil. 1994. FCC, p. 10.

Em sua pesquisa, ARDAILLON<sup>17</sup> conclui que as estatísticas são chocantes. Dos casos que realmente foram a júri na cidade de Jabaquara<sup>18</sup>, 4% deles obtiveram a condenação, sendo que apenas 13% deles foram a julgamento, sendo 87% dos casos nem mesmo suscetíveis a denúncia. Deste modo, verifica-se que há um enorme investimento da sociedade na proibição do aborto, quando não há tanto na penalização. Nilo Batista<sup>19</sup> ainda complementa que, de acordo com o Anuário de Estatística Criminal do Estado do Rio de Janeiro, "chegou ao conhecimento da polícia apenas 64 abortos em 1978 e 76 em 1979".

BAYER<sup>20</sup> explica que "o bom-senso inspira o razoável, ou seja, a justa medida entre a demora e a necessidade de busca". Sendo assim, como comprovado que a descriminalização do aborto já ocorre indiretamente no processo penal, a legalização traria, dentre outros benefícios já citados e que ainda serão citados neste trabalho, economia para os cofres públicos, em todos os lados envolvidos.

Deve-se ainda citar o que é considerado aborto pela legislação, para adequar a esta persecução penal. A doutrina jurídica define aborto como "interrupção voluntária da gravidez com a consequente morte do feto"<sup>21</sup>. Para a constatação do crime, é irrelevante o grau de desenvolvimento do embrião ou do feto no útero materno.

Na contramão de tudo supracitado, e da onda mundial de descriminalização do aborto, ainda há a proposta recente do "Estatuto do Nascituro", que vem em formato de projeto de lei para retroceder o direito adquirido da mulher. Conforme estudiosos:

A proposta de tal projeto é a possibilidade de gravidez gerada por estupro, uma das poucas possibilidades de aborto legalizado no ordenamento brasileiro, o Estado obrigue o agressor a manter uma pensão à criança resultante dessa violência. E em caso de não se identificar o agressor, o Estado será o mantenedor dos

---

<sup>17</sup>Ibidem. P. 11.

<sup>18</sup>Tribunal do Júri da cidade de Jabaquara, Paraty, RJ.

<sup>19</sup>BATISTA, Nilo. *Aborto: a retórica contra a razão*. Revista de Direito Penal. Janeiro a Junho de 1979.

<sup>20</sup>BAYER, Diego Augusto. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal – parte 07*. 2013.

<sup>21</sup>ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 22, p. 200 a 232.

valores de um salário mínimo por mês à mãe que faça a opção de manter a gestação e conceber a criança.<sup>22</sup>

Mais uma vez, mais uma proposta que não visa a economia processual, e ainda geraria mais gastos à máquina pública, visto que uma mulher é estuprada no Brasil a cada 11 minutos, segundo estatística recolhida pela FBSP<sup>23</sup>. Como apenas de 30% a 35% dos casos são registrados, é possível que a relação seja "de um estupro a cada minuto". Ao todo, no Brasil, 47,6 mil mulheres foram estupradas em 2014, última estatística divulgada. No Estado do Rio, foram 5,7 mil casos.<sup>24</sup>

### **3. Conclusão**

Destarte, o presente estudo busca demonstrar como o aborto é um crime sem fundamentos, visto que continua ocorrendo, e até mesmo a Suprema Corte brasileira já defendeu, em uma decisão não vinculante, que o mesmo não seria crime se realizado em determinado prazo e com o consentimento da gestante.

Assim sendo, o estado paternalista interfere diversas vezes, de maneira exacerbada, no domínio privado do cidadão, pois cada comportamento proibido é uma parcela da liberdade retirada.

Afora, o alto índice de mortalidade de mulheres em procedimentos de aborto inseguros caracteriza um grave problema de saúde pública no Brasil, com dados estatísticos altíssimos. E estas mortes são afloradas pela desigualdade social, pois mulheres de classes sociais mais abastadas podem realizar o procedimento de forma segura, enquanto as pobres morrem.

O grande objetivo é que o Código Penal, de 1940, seja atualizado para acompanhar a sociedade, e de fato efetivar os direitos das mulheres, reduzir a desigualdade de gênero e a mortalidade feminina

## **Referências**

---

<sup>22</sup> MARTINS, Fernanda. GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação do gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 123, Setembro de 2016, p. 03.

<sup>23</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

<sup>24</sup>BUENO, Samira. Uma mulher é violentada a cada 11 minutos no Brasil. Estadão. São Paulo, 27 de maio de 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,uma-mulher-e-violentada-a-cada-11-minutos-no-pais,10000053690>>. Acesso em: 30.mai.2017.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

ADESE, Leila e MONTEIRO, Mário. Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais. 2007. IPAS BRASIL/IMS/UERJ.

ALEXY, Robert. A teoria da argumentação jurídica. 2001.

ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 22.

\_\_\_\_\_, Danielle. *O aborto no judiciário: uma lei que justiça a vítima*. Novos olhares: mulheres e relações de gênero no Brasil. 1994. FCC

BATISTA, Nilo. *Aborto: a retórica contra a razão*. Revista de Direito Penal. Janeiro a Junho de 1979.

BAYER, Diego Augusto. Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal – parte 07. 2013

BEAUVOIR, Simone. O segundo sexo. Originalmente "Le Deuxième Sexe". 1949. França

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009,

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Campus. Rio de Janeiro. 1992

BOTELHO, Jefferson. Inovações do Projeto de Lei nº 236/2012 para o novo código penal brasileiro. <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=16891](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16891)>. Acesso em 14 de junho de 2017.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 de set.2016.

\_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. Manual dos Comitês de Mortalidade Materna. 2007.

BUENO, Samira. Uma mulher é violentada a cada 11 minutos no Brasil. Estadão. São Paulo, 27 de maio de 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral.uma-mulher-e-violentada-a-cada-11-minutos-no-pais,10000053690>>. Acesso em: 30.mai.2017

CABRAL, Bruna Fontenele. *Precedentes sobre a prática do aborto no direito norte-americano de 1973 a 2007*. Publicado em 08/2009. Disponível em

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

<<https://jus.com.br/artigos/13256/precedentes-sobre-a-pratica-de-aborto-no-direito-norte-americano-de-1973-a-2007>>. Acesso em 10.jun.2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. Disponível em <<http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20eis%20e%20textos/Artigos/04.doc>> Acesso em: 21.mai.2017.

COOK, R.J. e HOWARD S. Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention, *Emory Law Journal*, Vol. 56, 2007.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. *Revista Bioética*. 1994.

EMMERICK, Rulian. Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa. *Lumen Juris*. 2013.

FRIEDMAN, Betty. *A mística Feminina*. 1968. EUA.

GALLI, Maria Beatriz. MELLO, Maria Elvira Vieira de. A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social. *Revista Juizes para a democracia*. Nº 12. Dezembro 2007..

HUNGRIA, Nelson. Citado em RT 486. 287

KARAM, Maria Lucia. Entrevista para a Revista Fórum em 18 de agosto de 2015. <<http://www.revistaforum.com.br/2015/08/18/maria-lucia-karam-os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Revista Bioética*, vol. 9, n.º 2, 2001.

LISSARDY, Geraldo. Com lei sobre aborto, Uruguai caminha para ser o mais liberal da América do Sul. *BBC BRASIL*, Brasília, 17 de outubro de 2012. *BBC Mundo*. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/10/121017\\_uruguai\\_liberal\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/10/121017_uruguai_liberal_pai)>. Acesso em: 21 mai.2017.

MEDICINA, Conselho Federal de. Resolução nº 1989/2012. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf)>. Acesso em 10.jun.2017.

MANSOUR, Veridiana. Aborto e saúde pública: as consequências após dois anos da legalização no Uruguai. Publicado em 2015.<<http://www.planpp.com/blog/?p=407>>. Acesso em: 30.mai.2017.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico Penal. São Paulo. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2010.

MARTINS, Fernanda. GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação do gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 123, setembro de 2016.



## O servidor público e a competência da justiça do trabalho diante da interpretação do STF à emenda constitucional 45 de 2004

Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves.<sup>1</sup>

SILVA, D. C. C.<sup>2</sup>

SILVA, D. B.<sup>3</sup>

RAPOSO, A. L. L.<sup>4</sup>

### Resumo:

A competência da justiça do trabalho é descrita na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 114, teve seu texto original alterado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A Emenda trouxe diversas mudanças, ampliou a competência da Justiça do Trabalho para as demandas da Administração Pública direta e indireta da União, Estados e Municípios foi a principal delas, com a afirmativa constitucional a Justiça do Trabalho passava a ser competente para as relações de trabalho. Doutrinadores e operadores do direito levantaram dúvidas quanto à interpretação do inciso I do art. 114 da CF/88. Um aspecto que causou vários questionamentos foi porque a emenda Constitucional 19/98 já havia estabelecido a previsão de que os servidores públicos poderiam ser regidos pelo regime estatutário, assim como, o celetista. O art. 39 sofreu Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135 que em 02 de agosto de 2007 suspendeu a eficácia. Sendo assim, a realização do presente estudo, possibilitou analisar com base doutrinária e jurisprudencial o total delineamento da competência da Justiça do Trabalho após as necessárias manifestações do Supremo Tribunal Federal.

### Palavras-chave:

Competência Justiça do Trabalho; Emenda 45/2004; Servidor Público.

---

<sup>1</sup> Mestre, Professora do curso de Direito do UniFOA

<sup>2</sup> Discentes do Curso de Direito do UniFOA

<sup>3</sup> Discentes do Curso de Direito do UniFOA

<sup>4</sup> Discentes do Curso de Direito do UniFOA

## 1. Introdução

A competência em razão da matéria e pessoa concernente a Justiça do Trabalho está regulada no artigo 114 da Constituição Federal de 1988. Em 2004 os incisos desse artigo sofreram alteração de modo ampliativo, por meio da Emenda Constitucional nº 45.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 surgiu após diversos anos de discussões e audiências públicas, introduzindo diversas mudanças na estrutura do Poder Judiciário. De acordo com a literalidade do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho abrangidas os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme uma interpretação literal do texto da emenda, a competência da Justiça do Trabalho teria passado a abranger tantos aos vínculos celetistas quanto administrativos de trabalho na administração pública, o que de plano gerou inúmeras discussões e incertezas entre os operadores do Direito.

Ao se utilizar do termo amplo “competência para as relações de trabalho”, surgiram ramos de interpretação defendendo a integração dos trabalhadores temporários junto à administração pública e servidores públicos regidos pelo regime administrativo à competência da Justiça Especializada. E, em situação similar, estariam os empregados públicos.

Após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, surgiram inúmeros questionamentos quanto aos servidores públicos como a competência para julgar ações ajuizadas pelos mesmos. Isto porque com a alteração efetuada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, se entendia que os servidores públicos poderiam ser regidos tanto pelo regime estatutário, quanto pelo regime celetista em conformidade com o edital de abertura do concurso para sua contratação.

Quando a nova redação do art. 114, inciso I da CF/1988 entrou em vigor, as demandas que envolviam os Estatutários, Servidores Públicos ou Celetistas, passaram, inicialmente, a serem todas recebidas pela Justiça do Trabalho. Isto sob o argumento de que o servidor público, como todo empregado, coloca sua força de trabalho à disposição do seu empregador, que no caso é a Administração Pública.

Acontece que os doutrinadores e demais operadores do direito passaram a suscitar dúvidas acerca da melhor interpretação para o inciso I do art. 114 da Constituição Federal de 1988, Em razão disso passaram a surgir muitos debates e demandas suscitando conflito de competência negativo na ocasião da edição da emenda constitucional 45/2004, até que o Supremo Tribunal Federal, pois fim na discussão.

A mencionada divergência doutrinária, bem como as inúmeras demandas acerca de conflitos de competências geradas em torno da interpretação do inciso I do art. 114 da CF/88, culminou na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3395/2006 MC/DF, por parte da Associação dos Juízes Federais do Brasil.

O presente estudo se justifica devido ao grande número de controvérsias e discussões jurisprudenciais e doutrinárias que surgiram na ocasião em que foi editada a Emenda Constitucional 45/2004, e, a consequente "segurança jurídica" trazida pela jurisprudência pátria que interpretou o texto legal, que uniformizou um entendimento que serve de diretriz nacional.

Acontece que a administração pública abrange a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Todavia, sabendo-se que o direito é dinâmico e que se encontra vigorado por mudanças constantes, especialmente diante dos surgimentos de fatos novos, o presente trabalho ao analisar a relação de trabalho no âmbito da administração pública não deixará exclusas situações como, dos cargos comissionados, situações de empregados contratados antes da CF/88 sem submissão de concurso público, do empregado temporário.

## **2. Desenvolvimento**

Um sistema judiciário eficaz é o desejo de qualquer nação. Busca-se fazer justiça de modo adequado, criando-se e oportunizando-se cada vez mais acesso à justiça para toda população brasileira de modo adequado, equalizando a solução de conflitos de interesse de modo célere e eficaz, na tentativa de promover um sistema cada vez mais justo.

No que se refere ao tema objeto do presente trabalho, dirimir os conflitos entre empregado e empregador, trabalhador e contratante – com exceção as relações tidas como de consumo, é papel da justiça trabalhista.

Tem-se assim que jurisdição é o poder de dizer o direito, tendo como essência ser una e indivisível. No entanto, para que esse poder possa se manifestar por meio da jurisdição de forma adequada, a própria Constituição de 1988, por questões de organização, considera vários critérios. Distribuindo a atuação de cada órgão jurisdicional, como foro, vara ou tribunal, pelo que se chama competência, para que se tenha um bom funcionamento do Poder Judiciário.

Por esse entendimento, a Jurisdição e a competência da Justiça do Trabalho é poder do Estado Juiz de dirimir conflitos (BRASIL, 1988). Somente com a Emenda Constitucional 45/2004 é que houve uma grande quebra de paradigma a esse respeito, pois a justiça do trabalho se tornou competente para dirimir também os conflitos de interesse das relações de mero trabalho, ou seja, sem subordinação, que não é objeto central desse trabalho, e, supostamente

competente para os servidores públicos, termo que precisou de interpretação do STF e que serão analisados mais adiante.

A palavra competência deriva do latim *competentia*, e tem o sentido de estar em gozo ou no uso de ser capaz, possui na técnica jurídica uma dupla aplicação. Quanto à capacidade, no sentido de aptidão, pelo qual a pessoa pode exercer ou fruir um direito. Já a capacidade no sentido de poder, a autoridade dispõe legalmente competência para conhecer de variados atos jurídicos e deliberar a seu respeito (PLÁCIDO; SILVA, 1999).

Segundo Sergio Pinto Martins, a competência é uma parcela da jurisdição de cada Juiz. Trata-se da área geográfica e o setor do Direito em que o juiz vai atuar, assim como emitir suas decisões, consiste na delimitação do poder jurisdicional (MARTINS, 2001).

De acordo com José Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 141), competência:

Como função estatal, é inegável que a jurisdição é una. No entanto, o exercício prático da jurisdição é realizado por diversos órgãos do Poder Judiciário. Assim, a competência é justamente o critério utilizado para distribuir as funções relativas ao desempenho da jurisdição entre os vários órgãos do Poder Judiciário.

Nesse seguimento, a Justiça do Trabalho depois de se firmar como órgão da Justiça Federal especializada, passou a ter como finalidade resolver conflitos trabalhistas. Para tanto cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos, oriundos de relação de trabalho, empregados urbanos, ou empregados rurais, regidos por lei específica nº 5.889, de 8 de junho de 1973 e dos empregados domésticos regidos pela lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, regulamentada pelo Decreto nº 71.885, de março de 1973, e trouxe o conceito e previsões expressas sobre as relações trabalhistas dos domésticos (BRASIL, 1973; 2015).

Posteriormente, com a Emenda Constitucional 45/2004, a Justiça do Trabalho teve a redação do art. 114, alterada para firmar que a Justiça do Trabalho como competentes para julgar as relações de trabalhos, bem como, as relações de emprego, incluindo-se no inciso I, o termo "a relação de trabalho", abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A redação do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, poderia não ter gerado tanta polêmica se a aprovação da presente emenda tivesse mantido o texto original da PEC 29/200 que originou a Emenda Constitucional 45 de 2004. Todavia, a redação final aprovada e que se tornou a Emenda 45/2004, infelizmente, não abrangeu essa exceção. Por isso, a enxurrada de demandas em 2004 de servidores públicos concursados, distribuídos na justiça

trabalhistas causando muitos incidentes de conflito de competência (SARAIVA: ARYANNA, 2018).

Os conflitos de competência supramencionados tiveram o condão de gerar na época muita insegurança jurídica. Causando desconforto aos Juizes Federais e Estaduais. Por isso, a AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil, em 25 de janeiro de 2005 ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF através da ADI nº 3395/2006 MC/DF, que teve como a decisão a declaração de suspender todas as interpretações que incluíssem na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre seus servidores e o Poder Público, a este vinculado por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo (SARAIVA; ARYANNA, 2018).

O termo servidor público é usado para aquele que presta serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta (DI PIETRO, 2010). No entanto, o termo servidor público, possui acepção ampla e estrita. De modo Amplo, servidor público é conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como: "Servidor Público em sentido amplo, são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos" (DI PIETRO, 2010, p. 611) e a Pessoa que exerce de forma legal a função administrativa de âmbito federal, estadual ou municipal, de caráter público. O cargo ou função pertence ao Estado e não a quem o ocupa. Tendo o Estado o poder discricionário de criar, alterar ou suprimir cargos ou funções.

De modo estrito, servidor público é o conhecido servidor estatutário, ou seja, são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar definidos em lei integrante da Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas com personalidade jurídica de Direito Público. Por outro lado, agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta, em conformidade com o texto do Art. 37, CF/88.

A Emenda Constitucional 45/2004 mudou o perfil da Justiça do Trabalho e a jurisprudência brasileira teve um papel bastante importante diante da enxurrada de conflitos de competência que tramitou junto ao Poder Judiciário logo após a edição da emenda 45/2004. Nesse sentido, cumpre destacar que o conflito de competência pode ser positivo ou negativo, conforme estabelece a Lei 13.105/2015. No primeiro caso, dois ou mais juizes se declaram competentes para julgar a causa. Já na segunda hipótese, dois ou mais juizes se declaram incompetentes para julgar o processo.

Quando da vigência do inciso I do art. 114 trazido pela Emenda Constitucional 45/2004, muitas pessoas na condição de servidor público interpuseram demanda na Justiça do Trabalho, no entanto, os Juizes se declaravam incompetentes para prestação jurisdicional, alegando que a

competência da justiça laboral somente poderia ser interpretada como aquela direcionada ao empregado público celetista.

### **3. Conclusão**

Procurou-se no presente trabalho analisar e demonstrar o limite da nova competência material da Justiça do Trabalho atribuída pela Emenda Constitucional 45/2004, no que se refere a Servidor Público.

A abordagem do tema ocorreu a partir do texto do artigo 114, I da Constituição, assim como através de uma análise a respeito da alteração do dispositivo em virtude da Emenda Constitucional 45/04, aumentando significativamente a competência a Justiça do Trabalho.

Houve também a compreensão da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão analisando a decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3395/2006 MC/DF, proposta pela Associação dos Juízes Federais do Brasil.

Convém lembrar que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho não mais se limita à imprescindível presença dos sujeitos da relação jurídica (trabalhador-empregado e empregador), pois é fixada a partir do conteúdo dessa relação, que é o trabalho.

O escopo existencial da Justiça do Trabalho é promover a justiça social, ampliando as normas da legislação social, protecionistas do trabalhador.

A "Reforma do Judiciário", resultante da Emenda Constitucional 45/2004, no tocante a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, tem que ser entendida sobre o enfoque do acesso à Justiça.

Como conclusão, pode-se entender que de modo excepcional a relação jurídica travada entre os servidores temporários e o Poder Público, apesar de não ser genuinamente estatutária ostenta caráter administrativo, eis que sua contratação é regulada por Lei que disciplinará entre as partes um contrato de Direito Administrativo, logo a relação não pode ser considerada de Direito do Trabalho.

Igualmente, pode-se perceber que a relação de trabalho a que se refere o inciso I do art. 114 da CF exige a figura da pessoa natural como prestador de serviços e que o tomador dos serviços não seja destinatário final. Para adotar uma dentre as inúmeras correntes interpretativas do referido inciso I, deve-se ter em mente que o "trabalho" pressupõe sua inserção no processo de geração de riquezas, em uma perspectiva capitalista do modo de produção. Exige, ainda, uma relação jurídica dilatada no tempo, não se exaurindo em um só momento.

Pois bem, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou toda e qualquer interpretação do art. 114, I, da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, que venha a inserir na competência da Justiça do

Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

As contratações temporárias para suprir serviços públicos se situam no âmbito da relação jurídico-administrativa. Logo, à luz do precedente assentado na ADI nº 3395/2006 MC/DF, a competência para julgar as duas ações trabalhistas não é da Justiça do Trabalho, e sim da Justiça Comum, ainda que no pedido os obreiros tenham requerido verbas constantes do regime celetista.

## **Referências**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. **D.O.** Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 2 de ago. 2017.

DE PLÁCIDO e SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SARAIVA, Renato; ARYANNA, Linhares. **Processo do Trabalho Concursos Públicos**. Editora Juz Podivm. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 3 v.

## O conflito entre a soberania nacional e a livre iniciativa à luz da ACO nº 2.463/DF e da ADPF nº 342

Larissa Aline Lopes Damasceno<sup>1</sup>

Marcela Capato Guimarães<sup>2</sup>

Patrícia Silva Cardoso<sup>3</sup>

### Resumo:

O trabalho tem como objetivo trazer o debate entre dois princípios da ordem econômica estatal: soberania nacional e livre iniciativa. A ponderação se dá através da análise da Ação Cível Originária nº 2.463/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 342, visando solucionar o conflito referente à permissão de compras de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras de capital majoritariamente estrangeiro.

### Palavras-chave:

Princípios de ordem econômica. Soberania nacional. Livre iniciativa. Propriedade rural.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UFF (ICHSVR).

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UFF (ICHSVR).

<sup>3</sup> Professora de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF) – Brasil. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pela "Università degli Studi di Roma - La Sapienza". E-mail: patriciacardoso@id.uff.br.



## 1. Introdução

As ações objeto do presente trabalho dizem respeito à questão de grande relevância debatida não apenas na esfera judiciária, mas também na legislativa e na executiva, tendo sua base voltada para os diversos entendimentos a respeito da pessoa jurídica brasileira com maioria de seu capital estrangeiro. Discute-se se a esta devem ser impostas as mesmas restrições que são determinadas às pessoas jurídicas estrangeiras no momento da compra de imóveis rurais, ou se, *a contrario sensu*, o capital estrangeiro não afeta seu controle, pois sua constituição como empresa de nacionalidade brasileira é mais relevante.

A Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 190 que a "lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional" e como não fora editada nenhuma nova lei posterior à CRFB/88, seguiu em vigor e responsável por regulamentar o assunto a Lei nº 5.709 de 1971. Em seu art. 1º, § 1º, fica determinada a sujeição das pessoas jurídicas brasileiras da "qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior", às restrições acometidas por essa lei.

Pode-se dizer que este parágrafo é o cerne da grande discussão do tema, pois, a respeito dele surgiram diversos posicionamentos, sendo o primeiro deles da Advocacia Geral da União (AGU), que publicou três pareceres<sup>4</sup>. Os dois primeiros possuíam a mesma cognição, mas em seu terceiro, a AGU modificou seu entendimento, declarando que o art. 1º, § 1º da Lei nº 5.709/71 havia sido recepcionado e que a proteção das vendas com menor limite às empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro era necessária à defesa da soberania nacional, sobretudo, levando em consideração os argumentos levantados pelo presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Dr. Rolf Hackbart, que sustentou que o parecer anterior da AGU

[...] permite a ocupação desenfreada de terras em nível nacional por estrangeiros, mascaradas legalmente, com a justificativa de serem adquiridas por empresas brasileiras. Além disso, os serviços registrares entendem não ser necessário a comunicação à Corregedoria da

---

<sup>4</sup> O Parecer GQ-22 foi ratificado em 1998 por meio do Parecer GQ 181. O último, do ano de 2010, foi denominado LA-01. Os dois primeiros ressaltavam a não recepção do art. 1º, §1º da Lei nº 5.709/71 pela Constituição de 1988, com a fundamentação de que a lei teria sido criada antes da Constituição, e em seu formato original possuía o art. 171 (revogado, posteriormente, pela Emenda Constitucional n.º 6/95), que determinava empresa brasileira como sendo, apenas, a que possui sede e administração no país, entendendo, portanto, que lei infraconstitucional não poderia estabelecer restrições à empresa brasileira, apesar de sua maioria de capital estrangeiro.

Justiça dos Estados e ao INCRA da relação dessas aquisições. [...] Desta forma, caso haja real interesse no controle de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, no entendimento da Divisão de Fiscalização e Controle de Aquisições por estrangeiros, o parecer da AGU deve ser revisto, uma vez que a redação vigente não permite um controle mais efetivo das aquisições efetuadas por pessoas jurídicas brasileiras com capital estrangeiro. (PARECER LA-01, 2010, p. 5)

Tendo o debate na esfera executiva, temporariamente, chegado ao fim, a esfera legislativa se pronunciou por meio da edição de projetos de lei, que visavam a alteração de determinações já consolidadas no ordenamento, como, por exemplo, o PL nº 4.059/12, que segue em votação no Plenário desde 2015 com regime de urgência, e abarca, diversas determinações, destacando-se como a mais expressiva a revogação da Lei nº 5.709/71.

Por fim, tendo em vista todos os debates do assunto, a Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo expediu o parecer nº 461/12-E, que dispensou serem observadas as restrições presentes na Lei nº 5.709/71 em relação às pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital social esteja em poder de estrangeiros residentes fora do Brasil ou de pessoas jurídicas com sede no exterior.

Nesse sentido, o poder judiciário é incitado a se manifestar por meio da propositura da Ação Cível Originária nº 2.463/DF e, posteriormente, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 342, ambas ações sobre o mesmo assunto, mas com objetivos diversos, a primeira com defesa abarcada, sobretudo, no princípio da soberania nacional e ressaltando a recepção do 1º, § 1º da Lei nº 5.709/71 à CRFB/88, e a segunda, ressaltando o princípio da livre iniciativa, alegando a inconstitucionalidade do referido dispositivo e ressaltando sua não aplicação.

Este trabalho visa, por meio da análise das referidas ações e por doutrinas constitucionais e administrativas, realizar uma ponderação entre os dois princípios constitucionais base de ordem econômica, pois o Direito é ciência criada pelo e para o povo, e quando dois princípios diversos são utilizados como argumentos em um debate, deve-se observar qual deles refletiria maior interesse e proteção da sociedade.

Essa ponderação se faz necessária também para que se possa posicionar ao fim deste estudo, se a empresa brasileira de capital estrangeiro sempre esteve realmente equiparada à empresa brasileira de capital nacional – e com isso, o argumento de que o art. 1º, § 1º da Lei nº 5.709/71 não foi recepcionado pela CRFB/88 seria cabível –, ou se até mesmo no texto original da CRFB/88 ela estava sujeita às restrições impostas às pessoas jurídicas estrangeiras, pois apesar de ter sido constituída sob solo e leis nacionais, seu

real controle é estrangeiro, refletindo mais interesses alienígenas do que nacionais em suas tomadas de decisão.

## 2. Livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa tem sua origem no Édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776, às portas da Revolução Francesa, e inscreveu-se oficialmente no Decreto d'Allarde, de 1791, determinando que "seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio [...] que lhe aprovesse" (art. 7º)<sup>5</sup>.

Baseado nos ideais do liberalismo econômico, esteve presente desde a Constituição do Império, de 1824, e manteve-se pelas constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967. Hoje, está consagrado no *caput* no art. 170, inserido no Título VII, "da ordem econômica e financeira", Capítulo I, "dos princípios gerais da atividade econômica", da Constituição Federal de 1988.

Segundo o *caput* do artigo 170, a livre iniciativa é um dos fundamentos para que se estabeleça a ordem econômica, e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sem discriminações. É o postulado maior de todo o regime capitalista. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho,

indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 510)

José Afonso da Silva leciona, ainda, que "a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato" (SILVA, 2000, p. 767). No entanto, ao longo do processo histórico, especialmente no século XVIII, datado como da ascensão do liberalismo econômico, em que a promoção dos interesses particulares foi desenvolvida mais livremente, pudemos constatar a intervenção mínima do Estado como custosa.

A pretensa liberdade na ordem econômica conferida pelo Estado aos indivíduos surtiu efeito contrário, revelando-se forma de alargar os abismos entre as classes sociais e tornando o pobre cada vez mais pobre e o rico cada vez mais abastado. A liberdade para as

---

<sup>5</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

classes desfavorecidas transformou-se em escravidão. Definitivamente, o Estado não poderia ficar indiferente ao crescimento das desigualdades sociais. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 508)

**Essa consequência, que surtiu efeitos por toda a doutrina liberalista, trouxe a necessidade de um Estado Regulador, de caráter interventivo, influente, inclusive, no aspecto da livre de iniciativa.**

Com esse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, sem considerar seu status no mercado de trabalho, e ainda corrige o funcionamento cego das forças de mercado, estabelecendo parâmetros a serem observados na ordem econômica. De todos esses fatores, importa que, intervindo na economia, o Estado, por via de consequência, atende aos reclamos da ordem social com vistas a reduzir as desigualdades entre os indivíduos. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 509)

Dessa forma, é indiscutível que, mesmo diante da liberdade da iniciativa, e de toda a prerrogativa de independência do setor econômico em relação a suas próprias escolhas, o princípio em questão é relativizado em função da soberania nacional, sempre que necessário, desde que tais limitações estejam consubstanciadas em lei.

Um exemplo prático da assunção de um papel regulador por parte do Estado num cenário em que predomina o liberalismo econômico, é a limitação, conferida pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.709 de 1971, à pessoa jurídica brasileira com maioria de seu capital estrangeiro, que passa a ter tratamento de pessoa jurídica estrangeira. A despeito da discussão da recepção ou não do artigo pela Carta Magna de 1988, essas restrições são plausíveis, considerando que conferem primazia ao princípio da soberania nacional, que será especificado adiante.

### **3. Soberania nacional**

Segundo José Afonso da Silva, o termo "soberania" se faz presente em obras de diversos teóricos políticos desde o século XIII, mas obteve destaque na de Jean Bodin, o primeiro a desenvolver o conceito de soberania, em "*Les Six Livres de la République*", editada em 1576. Nesse período o entendimento girava em torno do poder do monarca, proveniente de vontade divina, e sua soberania, a partir de Bodin, dizia respeito ao poder de ditar leis e criar novas regras sem a limitação de outros, a não ser pelo Direito Natural, por Deus e pelas leis fundamentais dos Reinos.

Diversos pensadores se destacaram com novos conceitos de soberania, como Hobbes, Locke, Bobbio, Rousseau, entre outros, e o que se pode perceber é que cada um deles, apesar de sempre referente à noção de autoridade máxima, estava relacionado ao modo de pensar e interesses da sociedade em que se inseriam, ressaltando o entendimento de Celso Mello, de que o conceito de soberania é indeterminado, mutável de acordo com as condições econômicas, sociais e políticas de cada intérprete.

Atualmente, tem-se a soberania nacional como princípio da ordem econômica e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, CRFB/88). Pode ser concebida de duas formas:

Como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica. (DALLARI, 1998, p. 34)

Ao ser inserida no primeiro inciso do art. 170 da Constituição, a soberania nacional recebe nova intitulação, como "soberania nacional econômica" por estar presente nos princípios da ordem econômica. Ela visa de forma mais específica o poder econômico do Estado em relação aos demais, buscando a maior incidência de produtos e tecnologias originárias de seu território, em relação aos produzidos por demais Estados. É possível entender a soberania nacional econômica como um desdobramento do princípio da soberania nacional, pois um país que não se desenvolve bem economicamente tem como consequência a alta influência de demais Estados em seu crescimento, afetando sua soberania no cenário internacional.

Vale dizer que o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquia econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido. (SILVA, 2003, p. 793)

O que se pretende por meio dela não é um bloqueio na economia em relação ao capital estrangeiro, mas uma moderação para que a interferência dos demais países em nossa economia não seja prejudicial aos nossos próprios

interesses e ideias de independência, tanto que o art. 172 da Constituição determina que a “lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

#### **4. Análise da Ação Cível Originária nº 2.463/df: a prevalência do princípio da soberania nacional**

Ação Cível Originária diz respeito à classificação de ação utilizada para garantir o cumprimento de uma obrigação civil, e se diz originária, pois tem início no Supremo Tribunal Federal, por tratar de conflito entre Estados estrangeiros e os entes federativos ou entre os próprios entes, sendo eles a União, o Distrito Federal, os Estados, Municípios e Territórios, como se dá no caso em análise neste artigo.

A ACO nº 2.463 teve sua origem no Distrito Federal, e como relator, o Ministro Marco Aurélio, tendo sido ajuizada em Junho de 2014 pela União e pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Buscou declarar nulo o Parecer nº 461/12-E da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, cujo conteúdo dispensava os tabeliães e oficiais de registro de observarem as referidas limitações conferidas pela Lei nº 5.709/1971 e pelo Decreto nº 74.965/1974, entre outras, em relação às pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritariamente estrangeiro, ou com sua sede no exterior.

Essa orientação normativa presente no parecer dado pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo teve como base o fundamento de que o art. 1º, § 1º da Lei nº 5.709/71 não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, seguindo a linha polêmica de debate quanto à legislação infraconstitucional supracitada e o art. 171 da Constituição, que antes determinava o conceito de empresa brasileira, mas, atualmente, encontra-se revogado pela Emenda Constitucional nº 06/95.

Entretanto, o parecer não apenas esclarece esse fundamento de não recepção, como também determina que os Cartórios não mais devem seguir as orientações dadas pela Lei nº 5.709/71 e o Decreto nº 74.965/1974, que a regulamenta, quanto às pessoas jurídicas brasileiras que possuam maioria do seu capital estrangeiro. Além disso, o parecer determina que as mesmas também ficam dispensadas do cadastramento no Portal Extrajudicial.

Essa divergência culminou na instauração da ACO nº 2.463, declarando um conflito federativo na determinação da Corregedoria-Geral de São Paulo, já que cabe à União a autorização voltada a viabilizar a aquisição de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, incluindo pessoas jurídicas brasileiras “da qual participem, a qualquer título, pessoas físicas ou jurídicas que possuam a maioria do capital social e residam ou tenham sede no exterior” (art. 1º, § 1º, Lei nº 5.709/71).

Ao realizar uma análise mais minuciosa do processo, observa-se um pedido de intervenção como *amicus curiae* da Sociedade Rural Brasileira (SRB), que buscou a admissão ressaltando a importância do debate para seus associados.

A SRB postulou, ainda, a extinção da ação, alegando a inexistência de conflito federativo e a ausência de interesse jurídico das entidades federativas, e pleiteou que sejam os pedidos da ACO nº 2.463 julgados improcedentes, por também considerar que não houve a recepção constitucional do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.709/1971. No dia 16 de Maio de 2016, o pedido de intervenção como *amicus curiae* foi deferido pelo relator Ministro Marco Aurélio, alegando a representatividade da requerente e a relevância da questão.

Mais um pedido de intervenção foi realizado, dessa vez pela Indústria Brasileira de Árvores (IBA), que possuiu as mesmas alegações que a Sociedade Rural Brasileira, entretanto, teve o pedido negado pelo ministro, pelo entendimento de que, apesar de ser reconhecida a representatividade, "não se tem situação concreta a direcionar à participação da associação neste processo subjetivo"<sup>6</sup>.

No dia 01 de Agosto de 2016 foi deferida liminar que suspende os efeitos do parecer nº 461/12-E da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, até o julgamento definitivo da ação e, ainda, apensou-se ao processo a ADPF nº 342 para julgamento conjunto, solicitando-se parecer da Procuradoria Geral da República.

O ministro Marco Aurélio relatou, ainda, no deferimento da liminar, usurpação às competências federais e risco à soberania nacional com a validação do Parecer nº461/12-E, já que a autorização gerada por ele faz com que a "transcrição de registros imobiliários concernentes a imóveis adquiridos por empresas estrangeiras"<sup>7</sup> esteja em desconformidade com a Lei nº 5.709/1971. Configurou-se uma ofensa ao poder-dever dos entes federais relativo à expedição da mencionada autorização quanto à atuação dos tabeliães e oficiais de registro e, ainda, refutam-se as razões pelas quais a Corregedoria-Geral de Justiça estadual teria, no Parecer nº 461/12-E, vislumbrado a ausência de recepção do § 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/1971.

A Ação encontra-se entregue para o relator desde Dezembro de 2016, para que ele profira algum tipo de decisão após diversas petições de manifestação e também de contrarrazões interpostas pelas partes.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Medida cautelar na ação cível originária 2.463. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 set. 2016.

<sup>7</sup> Idem.

## 5. Análise da ADPF nº 342: as reivindicações pelo exercício da livre iniciativa

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no artigo 102, § 1º, CRFB/88, e pode ser considerada como uma forma de controle a um descumprimento dos pontos mais importantes da Constituição, sendo utilizada quando o infortúnio não pode ser resolvido por outros instrumentos equivalentes.

A ADPF em questão, nº 342, ocorreu devido ao ajuizamento por parte da Sociedade Rural Brasileira (SRB), com o objetivo de que se reconheça a incompatibilidade de dispositivos da Lei nº 5.709/1971, que dão tratamento diferenciado a empresas nacionais de capital estrangeiro, com a Constituição Federal. A alegação da Sociedade Rural Brasileira é de que a lei viola os preceitos fundamentais da livre iniciativa, do desenvolvimento nacional, da igualdade, de propriedade e de livre associação.

Além disso, a Sociedade Rural Brasileira afirma que o § 1º da Lei nº 5.709/1971 causa limitação nas aquisições de terras por empresas nacionais com capital estrangeiro, dificultando o financiamento da atividade agropecuária e atingindo a liquidez dos ativos imobiliários, ocorrendo perda para as empresas agrárias. E com base nesses fundamentos, a entidade realiza o pedido da concessão de liminar para suspensão imediata do dispositivo citado anteriormente, reconhecendo assim que o mesmo não tenha sido recepcionado pela Constituição.

O relator responsável, ministro Marco Aurélio, afirma que a ADPF nº 342 com pedido de medida cautelar, designada contra o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.709/1971 foi devidamente analisada, emitindo-se, então, o parecer CGU/AGU-1/2008-RVJ, de 3 de setembro de 2008, da Consultoria-Geral da União, aprovado pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pela Presidência da República:

Por todo o exposto, dirijo da NOTA Nº AGU/GM-24/2007, e sustento: a) que o §1º do art. 1º da Lei 5.709 de 1971, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1998, seja em sua redação originária, seja após a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, por força do que dispunha o art. 171, §1º, II e do que dispõem o art. 1º, I; art. 3º, II, art. 4º, I art. 5º, caput; 170, I e IX; art. 172 e art. 190. (PARECER 01/2008-RVJ, 2008, p. 38)

Assim, fica claro que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se contrário à inconstitucionalidade da norma contraditada. De acordo com o relator, ministro Marco Aurélio, no dia 23 de Abril de 2015, foi determinado o aparelhamento da arguição, com solicitação de informações e audiência.



A Advocacia Geral da União e a Presidência da República foram intimadas a se pronunciarem novamente sobre os argumentos inferidos na peça primeira, ante a mudança de gestão da Administração Pública Federal. No entanto, o pedido foi indeferido pelo relator com base no princípio da impessoalidade, pois, ainda que tenha ocorrido alteração da gestão do Governo Federal, a variação da ocupação dos cargos públicos não deve abrir campo para inovação de argumentos.

Descabe facultar à Presidência da República ou à Advocacia-Geral da União nova oportunidade de manifestação no processo em virtude de eventual alteração no grupo responsável pela gestão do Governo Federal. Incide, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Lei Maior. Modificações no entendimento pessoal de autoridades, considerada a variação da ocupação dos cargos públicos, não abre campo, de início, à inovação nos argumentos. (ADPF N. 342, 2016, p. 2)

No dia 02 de Setembro de 2016 o processo eletrônico proposto pela SRB foi apensado a Ação Cível Originária nº 2.463 em cumprimento à decisão nela proferida. Posteriormente, no dia 22 de Novembro de 2016, passou ao status de “conclusos ao relator”, não havendo após esta data qualquer outra manifestação a respeito.

## **6. Conclusão**

Dessa maneira, considerando o conteúdo das ações que vêm sendo discutidas no decorrer do trabalho, em função dos princípios constitucionais supramencionados, acerca da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica com capital majoritariamente estrangeiro, são necessárias algumas considerações. Segundo o Parecer LA-01 da AGU (2010, p. 14),

quando José Afonso da Silva defendia a distinção entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira na redação originária do art. 171 da Constituição Federal, ao lado dos itens que elencava como benefícios legitimamente criados pelo legislador constituinte originário à empresa brasileira de capital nacional, relacionou, de forma implícita, aspectos restritivos à empresa brasileira. [...] *A contrario sensu*, com a lei, seria vedada às empresas brasileiras a atuação naquele dado segmento econômico.

Sendo assim, é possível auferir que na redação original do art. 171 da Constituição já havia restrições genéricas à empresa brasileira, não havendo

qualquer incompatibilidade entre ele e o art. 1º, § 1º da Lei nº 5.709/1971, cabendo o entendimento de que este fora recepcionado desde o primeiro momento pela CRFB/88.

Por conseguinte, a imposição dos devidos requisitos à aquisição de imóvel rural por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras é vista como medida que reforça princípios do constituinte originário, evidenciando ainda, os princípios de ordem econômica da soberania e segurança nacional, que são fundamentos de grande importância do país. O texto constitucional reservou ferramentas ao legislador para que este viesse a assegurar tais princípios, fundamentais para a preservação da ordem econômica nacional.

Considerando que a Lei Maior de nosso país deve ser interpretada de forma sistemática, com unidade em relação a suas normas e ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, ignorar a imprescindibilidade dos princípios supracitados, estes resguardados pelas restrições da Lei nº 5.709/1971, seria, no mínimo, incoerente.

Logo, a não aplicação das limitações da referida lei a pessoas jurídicas brasileiras cujo capital social pertença a estrangeiros acarretaria inocuidade a diversos dispositivos constitucionais. Um exemplo é o art. 190 da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente a regulamentação e limitação da aquisição de imóvel rural por empresa estrangeira através de lei ordinária.

Nesse mesmo sentido, a interpretação pretendida pelo poder constituinte originário do art. 172 seria afetada, pois este confere à lei ordinária a regulamentação dos investimentos de capital estrangeiro, com a finalidade de assegurar a ordem econômica e financeira do país. É possível perceber, portanto, que a Constituição não é contra o capital estrangeiro. O que acontece é que, em diversos dispositivos, a Carta Magna confere primazia ao exercício regular do princípio da soberania econômica social, se conflitantes.

Sendo assim, em concordância com o deferimento da liminar que suspende os efeitos do Parecer nº 461/12-E da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, entende-se que o parecer em questão conferiria risco à soberania nacional, sendo legítima a restrição contida na Lei nº 5.709/71. A própria admissão da expedição de um parecer, por parte de um Estado-membro, que dispõe sobre a autorização da aquisição de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras ou de maioria de capital estrangeiro abalaria as estruturas da segurança nacional, pois essa matéria é de competência da União.

Dessa forma, fica evidente que, mediante o conflito gerado pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 5.709/71, acerca da prevalência da liberdade de iniciativa ou da soberania nacional, esta última deve prevalecer, sendo considerado o artigo recepcionado, em vista da preservação da segurança jurídica e econômica relativa, sendo legítimas as restrições contidas na referida lei, em relação à aquisição de imóveis rurais em território nacional por pessoas jurídicas de capital majoritariamente estrangeiro.

## Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União. Aquisição de terras por estrangeiros. Parecer normativo, n. LA 01, de 19 de agosto de 2010. Relator: Luís Inácio Lucena Adams. **Lex:** Coletânea e Legislação e Jurisprudência, Brasília.

\_\_\_\_\_. Consultoria-Geral da União. Aquisição de terras por estrangeiros. Revisão do Parecer GQ-181, de 1998, publicado no Diário Oficial em 22.01.99, e GQ-22, de 1994. Recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, à luz da Constituição Federal de 1988. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Parecer normativo, n. 01/2008-RVJ, de 03 de setembro de 2008. Relator: Luís Inácio Lucena Adams. **Lex:** Coletânea e Legislação e Jurisprudência, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília, DF, 7 out. 1971.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. Aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. Recepção do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.709/1971. Relevância. Deferimento. Medida cautelar na ação cível originária 2.463. União e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 set. 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo objetivo. Mudança de gestão do Governo Federal. Nova manifestação da Advocacia-Geral da União. Indeferimento. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 342. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 ago. 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal Anotada e Explicada**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PESSOA, Ana Paula Gordilho. **Divagações em torno do conceito de Soberania**. Direito Unifacs, v. 87, Revista Jurídica, 2007. Disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2007/docente/doc2.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2007/docente/doc2.doc)>. Acesso em: 28 jun. 2018.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS OLIVEIRA, Sônia dos. **O princípio da Livre Iniciativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=851>>. Acesso em 21 de junho de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

## A Instrução Normativa nº 88/2017: quando a norma regulamentar se torna criação do direito?

Patrícia Silva Cardoso<sup>1</sup>  
Gabriela Sampaio Pinto<sup>2</sup>  
Thaís Rezende Badaró<sup>3</sup>

### Resumo:

O presente trabalho objetiva discorrer acerca dos atos normativos secundários, por meio da doutrina e jurisprudência, tendo como base a discussão erigida pela IN nº 88/2017 do INCRA, essencialmente quanto ao seu Capítulo IX (Do Ato Nulo), que possibilita a convalidação de atos nulos de pleno direito. A fim de elucidar os limites da norma regulamentar quanto à criação do Direito e devido à usual ilegalidade apreciada, nota-se a pertinência de seu estudo específico.

### Palavras-chave:

Ato normativo secundário. Ato normativo primário. Instrução normativa.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF) – Brasil. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pela “*Università degli Studi di Roma - La Sapienza*”. E-mail: patriciacardoso@id.uff.br

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UFF (ECHSVR).

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UFF (ECHSVR).

## 1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro perpassou por diversas mudanças ao longo dos anos, sobretudo, após a segunda metade do século XX, devido ao surgimento de uma sociedade cada vez mais dinâmica e multifacetada, exigindo alterações no modelo centralizado de organização administrativa. O novo contexto demandou um maior detalhamento das regulamentações de caráter genérico, afim de atender às especificidades técnicas e científicas que surgiam, por meio da criação de entidades e órgãos próprios dotados de autonomia Estatal.

Dentro dessa perspectiva o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) foi fundado, no ano de 1970, com a missão expressa de "implementar a política de reforma agrária e realizar o ordenamento fundiário nacional, contribuindo para o desenvolvimento rural sustentável". Como integrante da Administração Indireta, sendo uma autarquia institucional do Governo Federal, o instituto é capacitado a emitir atos normativos secundários e vem sendo alvo de diversas críticas, especialmente quanto às inovações trazidas pela recente Instrução Normativa nº 88, de 13 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a aquisição e o arrendamento de imóvel rural por pessoa natural estrangeira residente no País, pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil e pessoa jurídica brasileira equiparada à estrangeira.

O tema supracitado carrega em seu bojo todo um histórico de divergências legislativas e jurisprudenciais, o que corrobora para a crescente discussão, essencialmente após a inserção na referida norma regulamentar de um capítulo atinente ao ato nulo (Capítulo IX), perante o qual admite-se a convalidação de atos nulos de pleno direito – possibilidade atualmente muito questionada - conforme será abordado ao longo deste artigo.

Nesse contexto jurídico-social, os atos normativos secundários - em suas diversas nomenclaturas, tais como decreto regulamentar, instrução normativa, resolução, ato declaratório, portaria - passaram a possuir maior aplicação. Alguns impasses, todavia, se tornaram recorrentes, envolvendo litígios jurisdicionais sobre os limites do poder normativo dirigido a esses atos e gerando divergências doutrinárias sobre o tema, fato pelo qual erige-se a pergunta base: quando a norma regulamentar se torna criação do Direito?

Segundo Gérard Timsit, em colóquio realizado na Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne sobre as entidades reguladoras, a questão não se instala na criação desses órgãos (ou instituições), mas na negligência Estatal quanto ao controle de suas respectivas atuações:

O problema, em um Estado que desejamos que se mantenha como um Estado de Direito, não é o de absorver ou excluir, de alinhar ou de refutar estas novas instâncias ou instituições. O problema é antes de

inventar novas formas e técnicas de controle sobre os novos tipos de autoridades. (TIMSIT, entre 1984 e 1989)

Como pôde-se observar, a questão abordada compreende tópicos mais abrangentes, que colidem com a atuação Estatal e suas políticas públicas, envolvendo desde à criação desses órgãos reguladores até o controle de seus atos, caracterizados, essencialmente, como atos normativos secundários e que, portanto, ensejam respeito à determinações específicas de ordem hierárquica dentro do ordenamento jurídico.

É com o fim de elucidar tais pontos e deliberar acerca dos limites da norma regulamentar, com base na recente divergência verificada na Instrução Normativa nº 88/2017, que serão analisadas com maior profundidade as bases jurídicas da discussão.

## **2. Aplicabilidade dos atos normativos secundários: Instruções normativas**

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal é tida como o *dever-ser* superior, segundo a qual todas as demais normas devem estar subordinadas, sob pena de serem impugnadas, conforme consagrado entendimento de Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. (...) Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado (KELSEN, 1998, p. 166)

Nesse âmbito, consideram-se atos normativos primários aqueles que derivam diretamente da Carta Magna. A Constituição Federal de 1988 os dispõe em seu artigo 59, - além dos decretos autônomos e das resoluções dos Tribunais, segundo doutrina majoritária – *in verbis*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções. (BRASIL, 1988)

Os atos normativos secundários, por sua vez, retiram seu fundamento de validade jurídica dos atos normativos primários. Em regra, veda-se a inovação jurídica por parte destes, pois haveria usurpação do poder de legislar, competência privativa do Congresso Nacional, não conferido às entidades administrativas.

As instruções normativas, objeto desse tópico, são atos administrativos específicos que detalham disposições contidas em lei, consideradas, portanto, atos normativos secundários. Conforme Di Pietro, o ato administrativo caracteriza-se como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a instrução normativa, por sua vez, é uma “fórmula de expedição de normas gerais de orientação interna das repartições, emanadas de seus chefes, a fim de se prescreverem o modo pelo qual seus subordinados deverão dar andamento aos serviços”. Desse modo, o INCRA - autarquia institucional do Governo Federal - é capaz de emitir instruções normativas, tal qual a IN nº 88/2017, que possui como um de seus fundamentos legais a Lei nº 5.709/71, a qual se subordina.

Sob o prisma atual, todavia, há um conjunto de fatores que corroboram para o aumento dos chamados ordenamentos setoriais, tais como a criação de órgãos independentes investidos na regulação de atividades específicas dotadas de amplo teor técnico. Nesse sentido, alguns autores possuem posição progressista sobre o tema, como J. J. Gomes Canotilho:

As leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). (CANOTILHO, 1987, p. 09)

Destaca-se porém que, essa eventual autonomia conferida ao ato normativo secundário, deve ser concedida expressamente pelo ato normativo primário a que esse se subordina, não sendo permitida disposição contrária (*contra legem*), por desequilibrar a hierarquia normativa e romper com a segurança jurídica, como explana Lenice Iolanda de Oliveira: “a Instrução Normativa nunca poderá passar colidir com Leis ou decretos, pois estes devem guardar consonância com as Leis”.

Quanto ao questionamento da aplicabilidade desses atos, de acordo com a jurisprudência do STF, apenas os essencialmente primários ou



autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade, como leciona Luís Roberto Barroso:

Atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação. (BARROSO, 2009, p. 181)

**Na mesma Corte, por meio da ADI 5.516, do atual relator Min. Ricardo Lewandowski, analisa-se a aplicabilidade da IN TST nº 39/2016, sendo arguida a usurpação de competência legislativa por parte do TST. Em manifestação (Nº 213.147/2016-AsJConst/SAJ/PGR), a PGR expõe que:**

Possui caráter normativo pretensamente primário e inovador da ordem jurídica a Instrução Normativa 39/2016, do Tribunal Superior do Trabalho, que busca definir as normas do novo Código de Processo Civil aplicáveis, inaplicáveis e aplicáveis em termos ao Processo do Trabalho. Ato com essas características é passível de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. (PGR, 2016)

**O mesmo observa-se na Ação Cautelar 1033, acerca da IN STN nº 01/2005, do relator Min. Celso de Mello, que explana a questão:**

Segundo alegam os autores, com o advento da Instrução Normativa nº 1, em 17/10/2005, o Cadastro Único de Convênio (CAUC) passou a incluir registros de débitos próprios do Poder Executivo dos Estados-membros e demais unidades federadas, além daqueles concernentes aos entes integrantes das respectivas administrações indiretas: '(...) essa nova 'repaginação' legislativa conferida ao CAUC, pela IN STN nº 1/05, inovou no plano normativo para fazer constar, de forma sumária, sem o resguardo do contraditório e da ampla defesa, registro de débitos próprios do Poder Executivo do ente federativo e dos entes autônomos a eles

vinculados - Autarquias, fundações, estatais e paraestatais' (fls. 05)" (STF, 2006)

Nesse sentido, é citado o precedente (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), segundo o qual afirma-se que:

nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "*contra legem*" ou "*praeter legem*", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)*". (STF, 2006)

Como visto, a aplicabilidade dos atos normativos secundários restringe-se ao quadro disposto pelo ato normativo primário, ao qual será dado efetivo detalhamento. Parte da doutrina alega ser necessária a expansão desse poder, mas não é permitido ir de encontro ao texto legal ou ultrapassar suas diretrizes, sob pena de fundada ilegalidade, ou mesmo, de inconstitucionalidade.

### **3. A aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil e o papel do INCRA**

O estudo em questão tem como objetivo principal discorrer acerca de um recorte específico, levando em consideração a análise teórica dos atos normativos secundários anteriormente realizados, mas direcionando-se, a partir disso, para a Instrução Normativa nº 88/2017. Para tanto se faz preciso remontar ao tema sobre o qual tangência: A aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil. Determinando, dessa forma, o impacto do ato normativo secundário em assunto de grande relevância política e social, assim como evidenciando a marcante extrapolação de sua força normativa de maneira mais palpável, por meio de exemplo concreto e relevante na esfera jurídica.

A aquisição e o arrendamento de imóvel rural por estrangeiros no Brasil não se tratam de fenômeno recente, entretanto, vem ganhando maior robustez de acordo com a intensificação de demandas econômicas e produtivas concernentes a países desenvolvidos, como China e Estados Unidos. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura

- FAO, as superpotências mencionadas apresentam duas das maiores áreas agricultáveis já utilizadas do mundo, fato este que torna evidente sua necessidade expansionista e dependência de países produtores como o Brasil, que ainda detêm demasiada amplitude de áreas agricultáveis disponíveis, refletindo assim, em foco de interesse para a compra de porções de terra e investimentos estrangeiros, sendo considerado verdadeiro "celeiro" para o mundo.

Nessa conjuntura se faz indispensável o controle das aquisições e arrendamentos afim de proteger a própria soberania nacional, de maneira que a questão em tela é atualmente normatizada pela Lei nº 5.709/71 e seu Decreto regulamentador 74.965/74, ambos alvos de grandes críticas pelo setor do agronegócio, sobretudo, quanto à recepção ou não do art. 1º, §1º da Lei supracitada, o que ensejou a criação de diversos pareceres da AGU, cominando no parecer AGU/LA 01 de 2010, que traz consigo uma concepção inovadora ao reconhecer a recepção integral do texto legal, aludindo para o estabelecimento de limitações e restrições também às pessoas jurídicas com maioria do capital social voltado para o exterior, equiparando-as assim, a pessoas jurídicas estrangeiras.

Nesse ponto, vale mencionar o papel do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) como controlador, já que apresenta dentre suas funções a realização do ordenamento fundiário nacional, atuando no controle da aquisição e arrendamento de terras por estrangeiros por meio de autorização prévia da autarquia federal, regulamentada mediante instrução normativa que determina o procedimento necessário para tal, além de possibilitar o recolhimento de dados estatísticos.

É possível constatar, contudo, que os índices estatísticos mencionados carecem de exatidão, de acordo com dados disponibilizados pelo Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR a área pertencente a estrangeiros, entre 2007 e 2010, subiu de 3.833.634 ha, para apenas 4.348.822 ha, consubstanciando-se em crescimento inexpressivo, que não é compatível com o momento de intensificação de investimentos estrangeiros no setor agropecuário.

A tamanha discrepância para com a realidade pode ser explicada em virtude de evidentes fraudes, precariedade fiscalizatória, utilização de laranjas e a falta de repasse de informações referentes a alterações concernentes a matrículas mantidas em cadastro de livro auxiliar pelos Cartórios de Registro de Imóveis, que deveriam ser trimestralmente repassados para autoridade competente, informando ao INCRA, o que não ocorre eficientemente na prática e contraria determinação expressa da Lei nº 5.709/71. Tudo isso, afim de burlar as restrições legais em torno das pessoas jurídicas estrangeiras ou equiparadas, sendo a incoerência dos dados tão alarmante que a própria autarquia reconheceu sua improcedência e estimou um crescimento três vezes mais elevado em relação ao divulgado.

Somada à crescente insegurança jurídica em razão das duras críticas aos dispositivos legais correlatos e a precariedade das informações cadastrais, que evidenciam verdadeiro descontrolo, o INCRA parece agir no intuito de uma estabilização da crise por meio de modificações nas instruções normativas que dispõe sobre autorização prévia, revogando a IN nº 70/2011 e dando lugar, momentaneamente, a IN nº 76/2013.

Sob esse aspecto, é importante ressaltar que a referida revogação, pela mais recente instrução normativa, implicou indiretamente em uma maior rigidez e especificidade, por exemplo, ao adicionar ao conceito da pessoa jurídica equiparada o critério societário, de forma que se aplicam as restrições legais também aos casos em que estrangeiros detenham o poder de conduzir as deliberações da assembleia geral, de eleger a maioria dos administradores da companhia e de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Em contrapartida, o conceito da Lei nº 5.709/71 se mostra mais genérico e determina em seu art. 1º, § 1º:

Art. 1º

§1º Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior. (BRASIL, 1971)

Recentemente, o INCRA efetuou uma nova alteração, revogando a IN nº 76/2013 e dando lugar a IN nº 88/2017, que adota o mesmo entendimento a respeito da pessoa jurídica equiparada. O mais recente dispositivo, entretanto, inovou ao regulamentar a Responsabilidade do Oficial Registrador em seu Art. 17, §1º, determinando a necessidade de repasse de informações ao INCRA no que tange a qualquer alienação ou arrendamento de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira ou à pessoa jurídica brasileira equiparada, inclusive em casos de fusão ou incorporação de empresas, de alteração de seu controle acionário, ou de transformação de pessoa jurídica brasileira para pessoa jurídica estrangeira, bem como, aos casos de aquisição(ões) ou arrendamento(s) indireto(s), por meio de participações de quotas sociais ou de ações de empresa(s) detentora(s) de imóvel(is) rural(is). No caso de descumprimento dessa obrigação, o registrador responde pelas perdas e danos, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica, evidentemente, existe aqui uma maior preocupação com a efetivação e manutenção da legalidade das compras e arrendamentos, coibindo eventuais fraudes e distorções, mediante um controle mais intensificado das informações estatísticas e fáticas ao longo do tempo.

Como anteriormente mencionado, a autorização prévia, primeiro passo para a aquisição ou arrendamento de imóvel rural por estrangeiros ocorre

mediante procedimento determinado por ato normativo secundário, nesse sentido, as instruções normativas que vão delinear esse primeiro momento são dotadas de exacerbada relevância no mundo dos fatos, na medida em que refletem na prevenção a possíveis fraudes e condicionam o interesse dos investimentos estrangeiros. Ainda que o histórico das instruções normativas do INCRA, com exceção da IN nº 88/2017, não afronte manifestamente as disposições legais, percebe-se que excedem de forma marcante aquilo que é considerado como regulamentação meramente administrativa, mas servem como se lei fosse, para fins que resolução de demandas urgentes ou iminentes.

#### **4. A nulidade e a Instrução Normativa nº 88/2017 do INCRA**

Dentre as alterações determinadas de acordo com a vigência da Instrução Normativa nº 88/2017 se deve ressaltar a proposição de todo um novo capítulo que diz respeito ao ato nulo. Neste capítulo, as aquisições ou arrendamentos de imóveis rurais por estrangeiros realizados em discordância com o disposto na Lei nº 5.709/71 e demais legislações pertinentes poderiam ser convalidados, de acordo com exceção baseada na regra prevista no § 5º do art. 214 da Lei nº 6.015, que dispõe sobre registros públicos e normatiza que: "A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel". Entretanto, o art. 15 da Lei nº 5.709/71 dispõe taxativamente que: "A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito".

O Código Civil, por sua vez, determina em seu art. 169 que "O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo" e, em consonância com este diploma legal, a jurisprudência vem apresentando decisões, como elucida claramente a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR ESTRANGEIRO RESIDENTE FORA DO PAÍS. LEI Nº 5.709/71 E DECRETO Nº 74.965/74. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO INCRA. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. POSTERIOR AQUISIÇÃO POR TERCEIROS DE BOA-FÉ. NÃO CONVALIDAÇÃO DO ATO PRATICADO ANTERIORMENTE DE FORMA IRREGULAR. - A Lei nº 5.709/71 e o Decreto regulamentador nº 74.965/74 estabelecem condições especiais para aquisição de imóveis rurais por pessoas físicas estrangeiras. Há vício insanável na origem do encadeamento dominial dos imóveis adquiridos pelo Impetrante, vez que não observados os referidos preceitos legais quando da aquisição por estrangeiros não residentes no País. - Independente de boa-fé de terceiros o negócio jurídico é nulo de pleno direito (art. 15 da Lei 5.709/71). Não há

que se falar em decadência no caso vertente, Recurso desprovido. (TRF-2, 2014)

Ainda em relação a este tema e em discordância com a norma do Código Civil e a própria Lei nº 5.709/71, mas fora do capítulo do ato nulo, o art. 15, §2º da nova Instrução Normativa determina:

Art. 15

§ 2º a pessoa jurídica brasileira equiparada à empresa estrangeira, que por ato ou contrato firmado entre 07.06.1994 e 22.08.2010 tenha adquirido ou arrendado imóvel rural, poderá cadastrar ou recadastrar, sem nenhuma sanção, seu imóvel rural no Sistema Nacional de Cadastro Rural - SNCR, nos termos do art. 10 da Instrução Normativa Conjunta/MDA/MAPA/MTUR/INCRA nº 1, de 27 de setembro de 2012. (BRASIL, 2017)

Nesse ponto, trata-se da possibilidade de convalidação e tentativa de legalizar por meio de cadastro ou recadastro no Sistema Nacional de Cadastro Rural - SNCR o ato que foi realizado em contrariedade com as determinações do diploma legal, pois o "contrato de gaveta" é rechaçado pela referida Lei em seu art. 8º, que explicita que para a "aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública", ou seja, é estritamente necessária a existência de escritura pública que não existe nos contratos elencados no art. 15, §2º da norma regulamentar, constituindo, então, ato nulo de pleno direito.

A legalidade da Instrução Normativa nº 88/2017 se torna ainda mais questionável mediante a análise do seu artigo 28, disposto no Capítulo IX (Do Ato Nulo), que explicita a seguinte possibilidade:

Art. 28. As aquisições ou os arrendamentos de imóvel rural por pessoa estrangeira, realizados em desconhecimento com a Lei nº 5.709, de 07 de outubro de 1971, até a data da publicação desta Instrução Normativa poderão ser regularizados nas seguintes hipóteses:

I - quando o(a) estrangeiro(a) for casado(a) com brasileira(o) e que tenha filhos brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil;

II - após análise, com base nos parâmetros deste diploma normativo constatando a plausibilidade e

juridicidade do pedido, em havendo requerimento junto ao INCRA e atuação de processo. (BRASIL, 2017)

O artigo supracitado tem como objetivo a convalidação de atos nulos de pleno direito em função de sua contrariedade com a Lei nº 5.709/71 dentro das hipóteses elencadas, referindo-se aos mesmos como mero “descompasso” afim de camuflar a ousadia da normativa, que contraria drasticamente o disposto no art. 15 da Lei.

Considerando esses fatos em conjunto com o exposto sobre o tema, convergimos o leitor à ponderação acerca da legalidade da norma em seu ponto mais crítico: poderia a instrução normativa ir contra a determinação do ato normativo primário? De acordo com a jurisprudência e doutrina majoritárias, a resposta é negativa. Em casos como esse, há a denominada ilegalidade, um tanto quanto recorrente na esfera nacional entre as Instruções Normativas.

Em tais hipóteses de vícios de legalidade, o ato deve ser anulado pela própria Administração, conforme dispõem as súmulas 346 e 473 do STF, além do art. 53 da Lei nº 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” Caso a Administração não o faça, cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato, no exercício de sua função jurisdicional.

Quanto aos efeitos da anulação, deve-se atentar ao fato de que os direitos adquiridos serão respeitados, o que ocorrerá somente em relação aos terceiros de boa-fé. É uníssona a doutrina no sentido de que, ressalvados os direitos dos referidos terceiros, a anulação retroagirá à data em que foi emitido o ato administrativo (*ex tunc*). Há de se avaliar, entretanto, se o ato é *restritivo* ou *ampliativo* da esfera jurídica dos administrados, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada. (MELLO, 2012. p. 487-488)

Tendo em vista a natureza *ampliativa* do ato administrativo ora analisado, podemos inferir que os efeitos de sua possível anulação não

retroagiriam à data em que foi emitido (*ex nunc*), assim, estaria configurada uma situação de excepcionalidade em razão do princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados. Como o ato invalidado, em regra, já gerou efeitos, criando, modificando ou extinguindo direitos, o ato de invalidação deve assegurar que os interesses individuais de terceiros sejam protegidos pela prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório destes, nos termos dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei nº 9.784/99.

## 5. Conclusão

Em virtude do que foi mencionado pode-se constatar que as instruções normativas vêm mostrando cada vez mais impacto na realidade fática e polêmica no âmbito jurídico em detrimento do alargamento da amplitude de sua força normativa. Determinações regulamentares, como a Instrução Normativa nº 76/2013 do INCRA, ainda que não afrontem as normas legais vigentes, podem incidir em uma relevante burocratização das autorizações necessárias, não afetando a possibilidade de estrangeiros ou pessoas jurídicas brasileiras com capital predominantemente estrangeiro de adquirirem ou arrendarem terras no Brasil, mas o seu próprio interesse em fazê-lo, dentro de uma lógica de mercado, onde demais Estados apresentam uma maior flexibilidade nesses parâmetros.

Por outro lado, mesmo em consonância com a doutrina mais progressista quanto a autonomia dos atos normativos secundários, é crucial que os mesmos estejam em concordância com os demais diplomas legais, o que não ocorre no caso da Instrução Normativa nº 88/2017, que irregularmente inova o próprio ordenamento jurídico ao criar hipóteses de convalidação de atos nulos de pleno direito, em seu Capítulo IX (Do Ato Nulo), contrariando assim, a hierarquia normativa, o Código Civil brasileiro e a Lei nº 5.709/71. Nesse sentido, se torna evidente a possibilidade de anulação em função de ilegalidade inequívoca, colocando em xeque a segurança jurídica das convalidações realizadas durante o período de vigência da Instrução Normativa.

Nesse interim, a norma regulamentar acaba por ultrapassar sua competência dentro do escalonamento piramidal das normas que compõe o ordenamento jurídico, especialmente, no que tange ao arrendamento e aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, assunto que ensejou a propositura de diversos projetos de lei, como o PL nº 4.059/2012 e reflete a contraposição de interesses econômicos conflitantes em face da proteção da Soberania Nacional. Tema de grande relevância que vem sendo delineado por ato normativo secundário que não retira o seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal e, por isso, configura verdadeiro assalto a democracia.



## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa nº 70**, de 06 de dez. de 2011. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/aquisicao-e-arrendamento-de-terras-por-estrangeiro/file/1113-instrucao-normativa-n-70-06122011>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa nº 76**, de 23 de ago. de 2013. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes/file/1579-instrucao-normativa-n-76-23-08-13>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa nº 88**, de 13 de dez. de 2017. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=353644>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.709**, de 7 de out. de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L5709.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L5709.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **PL nº 4.059**, de 13 de jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1027094.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 166.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 2012.

OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. **A lei e a Instrução Normativa: A força da Instrução Normativa**. Disponível em: <<http://www.rochamarques.com.br/artigos/leieinstrucao-normativa>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

STF. AÇÃO CAUTELAR: **AC 1033 DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 20/08/2007. Disponível em:

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353776>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: **ADI 5.516 DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977107>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

FORMIGONI, Ivan. **Países com maior uso de terras agricultáveis no mundo**. Disponível em: <<http://www.farmnews.com.br/historias/terras-araveis/>>. Acessado em: 18 de julho de 2018.

Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura. **Governança de Terras: Da teoria a realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i7789o.pdf>>. Acessado em: 18 de julho de 2018.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **TRF-2. Apelação cível: 201050010078977**. DJ: 13/08/2014. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25258561/ac-apelacao-civel-ac-201050010078977-trf2>>. Acessado em: 18 de julho de 2018.

## **Animais não humanos: sujeito/objeto de direito, a Emenda Constitucional nº. 96/2017 e seu rompimento com a barreira do retrocesso**

Letícia Landim Carvalho<sup>1</sup>  
Roberta Aline Oliveira Guimarães<sup>2</sup>

### **Resumo:**

O presente estudo tem por objetivo propiciar uma reflexão acerca da alocação dos animais não humanos em nosso ordenamento jurídico, analisando os conceitos de sujeitos de direito e objeto de direito, tendo em vista o Projeto de Lei nº. 6.799/2013 e a Emenda Constitucional nº. 96/2017 e o descompasso desta com a realidade valorativa atual, representando rompimento com a barreira do retrocesso.

### **Palavras-chave:**

Animais não humanos. Objetos e sujeitos de direito. Emenda 96. Vedação ao Retrocesso.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Letícia Landim. Estudante de direito do 6º período no Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Roberta Aline Oliveira. Advogada e Professora Mestra do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

## 1. Introdução

O presente artigo abordará aspectos atinentes à natureza jurídica dos animais não humanos e os consequentes reflexos oriundos da alocação deles como objeto ou sujeito de direito, apresentando movimentações legislativas sobre o tema e, ainda, as principais consequências trazidas pela aprovação da Emenda Constitucional nº. 96 de 2017 que, neste estudo, será apresentada como verdadeiro retrocesso na busca pelos direitos dos animais.

A posição ainda dominante é a de que os animais não humanos inserem-se na categoria de objeto de direito, conforme previsão contida no artigo 82 do Código Civil de 2002 e complementada pela doutrina, classificando-os como bens móveis semoventes. Contudo, já se reconhece que os animais não humanos são dotados de sentimentos próprios, que lhes atribuem capacidade de sentir e sofrer, assim, iniciam-se severas críticas a esse modo de pensar, que reduz tal espécie ao patamar de coisa.

No cenário legislativo veremos inúmeras leis de proteção aos animais e, ainda, o Projeto de Lei nº. 6.799/2013, que pretende atribuir natureza jurídica *sui generis* aos animais não humanos, consolidando-os como sujeitos despersonalizados, ou seja, que embora não detenham personalidade jurídica, podem receber especial proteção da lei.

Por outro lado, apesar de existirem várias disposições benéficas aos animais, mostra-se necessário dedicar atenção própria à Emenda Constitucional nº. 96 de 2017, conhecida como a Emenda da "legalização da vaquejada", cujas críticas são severas, denotando, inclusive, um rompimento com a barreira do retrocesso e uma violação maquiada da cláusula pétrea equivalente ao direito fundamental de se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em síntese, este estudo tem por base a importância de se dedicar ao direito dos animais não humanos, discutindo se ainda é válida a inserção deles como mero objeto de direito ou se a aceção de representarem sujeitos de direito não se mostra mais adequada à realidade da sociedade contemporânea.

## 2. Desenvolvimento:

### 2.1. A natureza jurídica dos animais não humanos e o projeto de lei nº. 6.799/2013

A Parte Geral do Código Civil, dividida em três livros, trata das pessoas naturais e jurídicas como sujeitos de direito, dos bens como objeto das relações jurídicas que se formam entre os referidos sujeitos e dos fatos jurídicos.

Em uma concepção tradicional, os animais não humanos estão inseridos dentro do contexto de bens móveis, ou seja, são tratados como "bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem

alteração da substância ou da destinação econômico-social" (artigo 82 do Código Civil).

Dizer que os animais não humanos são bens, significa dizer que eles possuem uma função filosófica de satisfazer as necessidades humanas [AMARAL, 2014 *apud* GONÇALVES, 2018]. Ou seja, sujeitam-se ao poder das pessoas.

Na visão civilista, obras doutrinárias utilizadas no âmbito acadêmico ainda associam os animais não humanos à natureza jurídica de bens móveis, sem tecer maiores comentários sobre o tema, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento de tais seres como sujeitos de determinados direitos. Por todos, podemos citar Carlos Roberto Gonçalves, com a seguinte transcrição:

[bens móveis] Semoventes –São os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para outro por força própria. Recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens móveis propriamente ditos. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los [GONÇALVES, 2018].

Ao mencionar que há pouco interesse em distinguir os animais não humanos – considerados bem móvel semovente – dos bens móveis propriamente ditos, tem-se uma generalização precária, que assemelha o tratamento destinado aos animais não humanos ao tratamento de um robô, por exemplo, que pode ser dilacerado e destruído em uma batalha entre robôs, sem gerar qualquer consequência jurídica.

Essa visão, aos poucos, vem sofrendo gradativa mudança, sendo possível identificar, dentro do cenário legislativo brasileiro, instrumentos normativos que objetivam a proteção dos animais não humanos. Assim, temos que, embora ainda classificados como bens móveis, estes seres já possuem uma proteção própria e distinta dos demais bens, aproximando-se a uma ideia de que os animais não humanos podem ser, em determinados casos, sujeitos de direito.

Um sujeito de direito não necessariamente é uma pessoa, visto que as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, são detentoras de personalidade jurídica, ou seja, da aptidão para, naturalmente, adquirir direitos e contrair obrigações.

Quando se diz, por exemplo, que uma pessoa agrega direitos naturalmente, significa que ela está apta a adquirir direitos e contrair obrigações pelo simples fato de ser pessoa, cabendo à lei regular, apenas, a sua capacidade para exercer tais direitos.

Por outro lado, existem sujeitos despersonalizados, a eles, a lei precisa garantir os direitos de forma expressa – pois não os adquirem naturalmente –. Logo, os sujeitos que não detêm personalidade jurídica têm sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações limitadas às previsões legais.

Com a assunção de que os animais não humanos são bens, assevera-se que eles não possuem direitos, pois tendem sempre a figurar como objeto de uma relação jurídica. Tal concepção, embora ainda seja reproduzida, não parece ser a mais adequada.

No Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei nº. 6.799/2013, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar, que objetiva reconhecer uma natureza jurídica *sui generis* aos animais não humanos, atribuindo-lhes a condição de sujeitos de direito despersonalizados (IZAR, 2013). Garantir-se-ia a eles direitos, porém, não tantos quanto os das pessoas naturais, pois a lei sempre precisaria se preocupar, especificamente, em quais seriam ou não os direitos dos animais, garantindo-lhes, no entanto, o direito de obter a tutela jurisdicional quando houvesse violação às normas assecuratórias.

O referido Projeto de Lei foi remetido ao Senado Federal, em 19 de abril de 2018, por meio do Ofício nº. 32/18/PS-GSE e, dentre os objetivos, está o de acrescentar um parágrafo ao artigo 82 do Código Civil, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos animais domésticos e silvestres. [parágrafo único sugerido pelo Projeto de Lei nº. 6.799/2013]

Os artigos 2º e 3º do Projeto de Lei nº. 6.799/2013 deixam ainda mais claro o objetivo de atribuir personalidade própria aos animais, dispondo que:

Art. 2º - Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I. Afirmação dos direitos dos animais e sua respectiva proteção;

II. Construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III. Reconhecimento de que os animais possuem personalidade própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento.

Art. 3º - Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.

Reconhecer os animais não humanos como seres peculiares, dotados de carga emocional que lhes atribui sensibilidade e os tornam capazes de sentir sofrimento mostra-se essencial para compreender as significativas alterações no trato de tal espécie. Eventual aprovação desse projeto agilizaria os debates sobre os direitos dos animais não humanos e tornaria mais ampla a fundamentação para protegê-los, fazendo-os figurar como ponto central dos debates que os envolvessem, e não apenas meros objetos.

Nesse passo, é interessante notar a existência de inúmeras leis estaduais que, no afã de proteger os animais não humanos, superam práticas habituais, como a venda de animais em feiras livres e a utilização deles em apresentações circenses e outras atividades de entretenimento para os seres humanos. Todavia, ainda há grande dicotomia no assunto, especialmente no que diz respeito à dualidade entre os direitos dos animais e as manifestações artísticas e culturais que os envolvem.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 225, §1º, VII, menciona como dever da coletividade e do Poder Público a necessidade de proteção da fauna, vedando, na forma da lei, as práticas que provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em uma primeira análise, o dispositivo constitucional, que foi regulamentado pela Lei nº. 9.985/2000, parece demonstrar o direito dos animais de não serem submetidos à tortura, em sutil conformidade com a ideia de que são detentores de direitos certos e específicos.

Em 2016, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei do Ceará que regulamentava a vaquejada, cabendo o seguinte destaque:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou haver "crueldade intrínseca" aplicada aos animais na vaquejada.

O julgamento da matéria teve início em agosto de 2015, quando o relator, ao votar pela procedência da ação,

afirmou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva.

Em seu voto..., o ministro Marco Aurélio afirmou que laudos técnicos contidos no processo demonstram consequências nocivas à saúde dos animais: fraturas nas patas e rabo, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, eventual arrancamento do rabo e comprometimento da medula óssea. Também os cavalos, de acordo com os laudos, sofrem lesões.

Para o relator, o sentido da expressão “crueldade” constante no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bois durante a prática da vaquejada. Assim, para ele, revela-se “intolerável a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada”.

**Apesar de um caminhar aparente para o reconhecimento da necessidade de se proteger os animais não humanos contra práticas cruéis, foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 96/2017, que acrescentou o §7º ao artigo 225 da Constituição da República, asseverando que:**

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Com essa Emenda, os animais não humanos voltam a assumir uma posição muito mais próxima a de bem do que de sujeito despersonalizado, visto poderem ser utilizados livremente pelos seres humanos, desde que isso seja feito em nome de práticas desportivas declaradas, pela lei, como manifestação cultural.

Registre-se que, pouco antes da Emenda Constitucional mencionada, houve a aprovação da Lei nº. 13.364, de 29 de novembro de 2016, elevando o rodeio e a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Com isso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5713, ajuizada em 2017, contra a Lei nº. 10.428/2015, do Estado da Paraíba, que autoriza a prática



da vaquejada, em teor semelhante à lei cearense que havia sido declarada inconstitucional, perdeu seu objeto, posto que a vaquejada foi elevada ao *status* de manifestação cultural nacional, cabendo a aplicação do artigo 225, § 7º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 96/2017.

O que se percebe é uma dificuldade muito grande do ordenamento jurídico pátrio para promover um discurso uníssono de proteção dos animais não humanos, demonstrando que o tratamento destes seres está muito mais ligado à natureza de bem do que de sujeito de direito. E isso mesmo reconhecendo que os animais não humanos são seres sencientes, ou seja, com capacidade de sentir sensações e revelar sentimentos.

No entanto, a doutrina, seguida de alguns projetos de lei, abrem caminho para uma visão distinta que permite reconhecer os animais não humanos como sujeitos *sui generis*, por todas as peculiaridades que lhes são inerentes, atribuindo a eles direitos provenientes da lei ou, de forma mais polêmica, até mesmo direitos naturais.

## 2.2. A vedação ao retrocesso como princípio geral do direito ambiental

Antes de se tratar do não retrocesso como sendo pertencente ao alicerce do Direito Ambiental, deve-se reportar ao dicionário, para compreender a etimologia da palavra: retrocesso m. Acto ou effeito de retroceder. Acto de voltar a um estado anterior. Acto de retirar ou recuar. Acto de retrogradar. **Movimento para trás.** (Lat. retrocessus) [FIGUEIREDO, 1913, grifo nosso].

Como posto pelo citado dicionário retroagir é se “movimentar para trás”, por conseguinte, vedar o retrocesso é obstar que se caminhe em terras já percorridas, possibilitando a peregrinação para frente, a fim de explorar ambientes ainda não conhecidos. Transportando tal conceito para o ordenamento jurídico, significa impedir que legislações futuras possam desfazer as conquistas e os progressos em âmbito de tutela jurisdicional, para que possamos, assim, inserir novos bens mercedores de reconhecimento e, até mesmo, ampliar a esfera de bens já abarcados por leis existentes.

Nos últimos anos, a grande maioria das doutrinas vem alocando a vedação ao retrocesso ou não regressão como um princípio geral do Direito Ambiental. Para tratar sobre o tema, precisa-se direcionar ao núcleo desse ramo do Direito, qual seja, o “Meio Ambiente”, conceituado pelo Art. 3º, I da Lei nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981, como sendo:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

O exposto conceito legal permite sintetizar o meio ambiente como: o lugar ou a área onde habitam os seres vivos (SIRVINSKAS, 2017). Portanto, tem-

se na ideia de meio ambiente um lar comum aos animais humanos e não humanos, sendo sua interação e cooperação fatores inerentes a esta coabitação, ou seja, há uma evidente relação de interdependência entre as espécies. Assim, ao se posicionar o princípio da não regressão como pertencente às bases do direito ambiental, objetiva-se o congelamento dos progressos obtidos e a redução de perecimento de questões já consolidadas referentes à tutela do meio ambiente – casa comum dos seres vivos –, na busca de caminhar para frente, sempre ampliando, e nunca restringindo, a tutela a este *habitat*. Conseqüentemente, amplia-se, também, a proteção de todos que nele convivem, sejam estes animais humanos ou não humanos.

A vedação ao retrocesso, como princípio geral do direito ambiental, encontra amparo no reconhecimento do princípio do desenvolvimento sustentável, conceito que surgiu em 1987, com o relatório de Brundtland (Nosso Futuro Comum) e é definido como o "desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades" (Brundtland, 1987). Esse conceito chegou ao nosso ordenamento jurídico, sendo positivado em nossa Carta Magna, no *caput* do artigo 225:

rt. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever **de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações** (grifo nosso).

O mencionado dispositivo se encontra no capítulo VI da Constituição Federal, nomeado "Do Meio Ambiente", permite concluir que o Direito Ambiental é desenvolvido em torno da preocupação de preservar a casa comum (meio ambiente), para a presente e, também, para as gerações que ainda virão, ou seja, o histórico de proteção ambiental é traçado de forma perene, as novas gerações seguem dando continuidade a tudo que foi conquistado. Portanto, neste contexto se faz inescusável a materialização do princípio da vedação ao retrocesso, para entregar aos sucessores um grau de proteção, no mínimo, igual ao alcançado atualmente, para que possam prosseguir evoluindo em matéria de tutela ambiental, não tendo que perder tempo com discussões já consolidadas e concessões de tutelas a bens jurídicos que já haviam sido tutelados.

Uma evolução plena se dá com registros, para que seja possível continuar a história e não ter que começá-la do zero a cada nova geração.

Portanto, elencar a vedação ao retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental e cuidar para que haja a sua efetivação no plano concreto significa garantir uma base às gerações que estão por vir, para que possam dar continuidade ao ordenamento jurídico pátrio, cientes dos estudos já realizados, bem como para assegurar aos mesmos uma existência digna, pautada em um

lar harmonioso que respeita todos os coabitantes, mesmo que pertencentes a uma ordem natural diversa.

Permitir que a barreira do retrocesso legislativo seja rompida é o mesmo que exigir dos sucessores a construção zerada de uma história, atrapalhando a evolução, pois as gerações futuras terão que realizar pesquisas antes já realizadas e positivar preocupações antes já positivadas, não dando a eles espaço imediato para novas criações. Além do que, retroagir em matéria de tutela ambiental é entregar às futuras gerações um *habitat* desequilibrado e inapto a produzir condições dignas à existência prodigiosa.

### **2.3. A Emenda Constitucional nº. 96/2017 como violação maquiada de uma Clausula Pétrea**

Podendo ser considerada uma forma de evitar o retrocesso, temos dispositivos constitucionais que são denominados cláusulas pétreas. Estes dispositivos são reconhecidos como fundamentais, uma vez que tutelam bens jurídicos indispensáveis para garantir a dignidade da pessoa humana, pautada na ideia do mínimo existencial. Assim sendo, esses comandos constitucionais não podem ser reformados para ter seu âmbito de proteção restringido; toda modificação operada neles deve vir com o objetivo de ampliar a tutela. Dentro deste rol, tem-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido no já analisado artigo 225, da Constituição Federal de 1988.

Vale ressaltar que a Constituição brasileira é tida como uma das mais avançadas do mundo em matéria ambiental (NOVELINO, 2014), por tratar detalhadamente dos direitos e deveres para com o meio ambiente. Pois, como visto anteriormente, o meio ambiente é uma casa comum aos animais humanos e não humanos, devendo ser preservado para as gerações atuais e futuras. É, ainda, a base para a construção do mundo artificial, pois é daquele que retiramos os recursos necessários para o desenvolvimento das criações humanas. Portanto, se não mantivermos nosso meio ambiente equilibrado, prezando por um consumo consciente dos recursos existentes e pela proteção dos coabitantes desta casa comum, estaremos caminhando para uma sociedade coibida de evoluir, por não lhe ter sido reservado uma base mínima para tanto.

Quando se trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado pela Carta Magna, resta abarcado, também pelo artigo 225, a tutela dos animais não humanos que convivem com o ser humano em casa comum, sendo então imprescindível a proteção às diversas espécies, pois só assim poder-se-á garantir o equilíbrio no meio ambiente. Para tanto, o legislador proibiu, no mesmo dispositivo legal, em seu §1º, inciso VII, qualquer prática que submetta os animais a crueldade. A relevância em garantir essa guarida aos animais não humanos reside na existência de reciprocidade entre o ser humano e eles, no reconhecimento de que dividem o mesmo espaço e que vivem uma relação de interdependência, sendo por tanto inescusável esta tutela para manter efetivo o mínimo para se viver dignamente.

Faz aqui mister lembrar que, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, levando em consideração o dispositivo constitucional sob análise, considerou inconstitucional "lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas rinhas ou brigas de galo".<sup>3</sup> No mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal em 2013, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.983, sobre a lei nº. 15.299/2013 do Ceará que visava a regulamentar o esporte denominado vaquejada, consistente em dois vaqueiros montados a cavado puxando um boi pelo rabo até derrubá-lo, pois, segundo o relator, laudos técnicos contidos no processo demonstravam consequências nocivas à saúde dos animais: fraturas nas patas e rabo, e comprometimento da medula óssea (NUNES JÚNIOR, 2018), evidenciando se tratar de prática cruel contra os animais.

Porém, em 2017, os defensores da regulamentação da vaquejada, tendo ciência de que, como dissemos no início deste tópico, uma cláusula pétrea só pode ser modificada para ter seu âmbito de proteção ampliado, e não restringido, se reportaram a outro direito fundamental, tratado no artigo 215 da Constituição Federal, que se refere ao direito à cultura para, a partir daí, editar a Emenda Constitucional nº. 96/2017, ora em estudo, com o fundamento de ampliar a tutela referente ao patrimônio cultural do ser humano. Vejamos a redação da mencionada Emenda:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, **não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais**, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos." (grifo nosso)

Porém, tudo indica que a promulgação da Emenda Constitucional nº. 96/2017, como estratégia para ampliar o direito à cultura, se trata, na verdade, de uma violação maquiada da cláusula pétrea contida no artigo 225 da Constituição da República, uma vez que tal Emenda torna vulnerável e acaba por restringir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que o §7º, inserido pela Emenda Constitucional nº. 96/2017, impõe exceção à proteção concedida aos animais não humanos no §1º, do

---

<sup>3</sup> STF – ADI 3.776, rel. Min. Cezar Peluso (14.06.2007). *No mesmo sentido*: STF – ADI 1.856, rel. Min. Celso de Mello (26.05.2011); STF – ADI 2.514, rel. Min. Eros Grau (29.06.2005).

mesmo dispositivo, permitindo então que estes sejam submetidos à práticas cruéis, em benefício da diversão humana.

Reforça-se, assim, a condição de objeto dos animais não humanos, sendo possível realizar práticas que firam sua integridade física, desde que isso seja feito em prol da diversão humana, apresentada como manifestação cultural nacional.

#### **2.4. A quebra da barreira do retrocesso**

Pelo que já foi exposto, dizer que a Emenda Constitucional nº. 96/2017 rompe a barreira do retrocesso não é exagero, todavia, essa percepção fica muito mais nítida depois de se promover uma análise cronológica da legislação protetiva dos animais não humanos, o que inclui tímidas normas anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em 1886 há uma fumaça de preocupação com o bem estar dos animais, sendo a eles garantida ínfima proteção à integridade física, com a previsão, no Código de Posturas de São Paulo, de que: “é proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados” (NUNES JÚNIOR, 2018).

O Decreto nº. 16.590, de 10 de setembro de 1924, ao regulamentar as casas de diversões públicas, obstava a utilização de animais para diversão humana que resultassem em tormento a eles. Embora tímidas, as referidas normas já se preocupavam com o bem estar dos animais não humanos. Daí, salta-se para a Carta Magna que, como visto, em seu artigo 225, §1º, veda práticas cruéis contra os animais, apresentando, assim, faísca de possível concessão de dignidade aos mencionados seres.

O referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, denominada “Lei de Crimes Ambientais”. O artigo 32 desta lei prescreve pena de detenção de um a três meses, acrescida de multa, para quem praticar atos que venham a ferir os animais.

Em 2008, após diversas manifestações sociais contrárias a utilização dos animais em testes científicos, foi promulgada a Lei nº. 11.794, de 8 de outubro de 2008, com o objetivo de estabelecer regras para esta utilização. Como exemplo, instituíram-se normas sobre o cuidado com os animais envolvidos e a criação das CEUAs – Comissões de Ética no uso dos Animais (Art.8º), compostas por médicos veterinários, biólogos, docentes e pesquisadores nas áreas específicas (Art.9º), demonstrando, mais uma vez, preocupação com a integridade dos animais não humanos.

Essa resumida linha do tempo não esgota todas as normas atinentes ao tema, pois é certa a existência de outros antecedentes normativos não citados, inclusive, legislações estaduais que restringiram o uso de animais em atividades circenses, que regulamentam a venda de animais domésticos, dentre

outras. Todavia, já se mostra possível visualizar a evolução no que diz respeito à preocupação com a concessão de tutela aos animais não humanos, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física.

Com todos os avanços que se esboçavam, é pertinente fazer um reporte ao segundo tópico deste artigo, que tratou da vedação ao retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental. Afinal, se toda legislação, o que inclui a Lei Maior, mostrava-se no sentido de proteger os animais não humanos, não parece razoável permitir o regresso à situação anterior, pois isso prejudica a evolução da sociedade. Portanto, é preciso adotar mecanismos que coíbam regressões, formando assim uma “barreira do retrocesso”, para impedir que caminhemos para trás, quebrando as conquistas no que diz respeito a tutelas jurisdicionais.

Esperava-se, assim, que as normas editadas, principalmente após a Constituição Federal de 1988, representassem sempre um caminhar no sentido de majorar a proteção ao meio ambiente e aos animais não humanos. Porém, a Emenda Constitucional nº. 96/2017 vai de encontro à progressão e à amplificação da proteção aos animais não humanos, restando evidenciada a quebra da barreira do retrocesso, pois, como observado, a referida Emenda permite que os animais sejam utilizados em manifestações culturais, a exemplo da vaquejada, nas quais, indiscutivelmente, ocorrem lesões de grande porte nos bois expostos a tais práticas. Vale reforçar, como já dito, que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado contrário a essa prática, exatamente por submeter os animais não humanos a práticas cruéis.

Resta, portanto, caracterizado o retrocesso trazido pela Emenda Constitucional nº. 96/2017, que, sob o pálio de possível manifestação cultural, permite violações à integridade física dos animais e, conseqüentemente, prejudica o equilíbrio do meio ambiente, por permitir que seres sencientes sofram e sintam dor, figurando como mero objeto para garantir o entretenimento humano.

### **3. Conclusão**

O estudo desenvolvido acerca da natureza jurídica dos animais não humanos, bem como a análise legislativa no que concerne à tutela dos referidos animais, em especial pelo advento da Emenda Constitucional nº. 96/2017, revelam um cenário dúbio sobre tratá-los como sujeito ou objeto de direito.

Embora ainda se reconheça, majoritariamente, que os animais são bens móveis semoventes, figurando como objeto das relações jurídicas, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 6.799/2013, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar, que objetiva, exatamente, romper com esse conceito, atribuindo-lhes natureza jurídica *sui generis*, dada suas características biológicas e emocionais, que demonstram que são seres sensíveis e capazes de sofrimento.

Esse Projeto de Lei, somado aos demais dispositivos normativos sobre o tema revelam a necessidade de se proteger, com maior rigidez, os animais não humanos, facilitando a fundamentação protetiva. Afinal, a partir do momento em que eles deixam de ser mero objeto, assumindo a posição de sujeito, ainda que despersonalizado e de forma *sui generis*, indiscutivelmente assumem uma posição central nos debates, não se sujeitando exclusivamente à vontade do ser humano.

Embora esse parecesse o curso natural das coisas, face a existência de cláusulas pétreas e do princípio da vedação ao retrocesso, o poder constituinte derivado surpreendeu ao editar a Emenda Constitucional nº. 96/2017 que, em um possível conflito entre a tutela da integridade dos animais e as manifestações culturais, favorece esta em detrimento daquela.

Tal Emenda Constitucional, somada à edição da Lei nº. 13.364, de 29 de novembro de 2016, que elevou o rodeio e a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, permite que tais práticas desportivas, nas quais, indiscutivelmente, se operam lesões aos animais participantes da atividade, possam sem realizadas impunemente.

Apesar de o § 7º, acrescido ao artigo 225 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 96/2017, mencionar que deve haver regulamentação específica para assegurar o bem-estar dos animais envolvidos, é sabido que, em práticas nas quais até lesões na medula óssea são comuns, resta duvidoso que isso possa ser cumprido, sendo certo que os animais não humanos continuarão sendo submetidos às práticas cruéis, a despeito de tudo que o constituinte originário havia previsto e em dissonância com o que pregava o legislador infraconstitucional.

Conclui-se, portanto, que as sutis regras protetivas da integridade física dos animais, que seriam auxiliadas pela fixação de natureza jurídica diferenciada, ainda precisam ser fortemente debatidas, especialmente porque ainda tem força a concepção de que os animais não humanos são meros objetos de direito, o que se revela não só pelas definições doutrinárias, mas, também, pelo trato concedido pela Emenda Constitucional nº. 96/2017, que permite a utilização desses animais para práticas desportivas, mesmo com resquícios de maus-tratos e crueldade, desde que isso seja feito para satisfazer o entretenimento humano.

## Referências

AMARAL, Francisco *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático 1: parte geral, obrigações e contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6799/2013. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>  
. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF julga inconstitucional lei cearense que  
regulamenta vaquejada. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>. Acesso  
em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro julga prejudicada ADI sobre Vaquejada na  
Paraíba. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>. Acesso  
em: 29 ago. 2018.

COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE; DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E  
CONTROLE. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília – DF; Senado  
Federal. 2012.

FIGUEIREDO, Cândido de. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 1913. Disponível em: <  
<http://dicionario-aberto.net/dict.pdf> >. Acesso em: 11 de Nov. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17. ed. São  
Paulo: Saraiva. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático 1: parte geral, obrigações e  
contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 247.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. Único. 9. ed. Rio de Janeiro:  
Método. 2014.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo:  
Thomson Reuters Brasil, 2018.



## **Diálogo entre os direitos humanos e a democracia**

Pablo Jiménez Serrano<sup>1</sup>

### **Resumo:**

O presente artigo objetiva analisar a correlação possível entre os Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais e a Democracia na sociedade brasileira e contemporânea. O estudo tem como principal preocupação científica o delineamento das perspectivas dos direitos fundamentais e humanos no século XXI e sua correlação com a Democracia. Do ponto de vista teórico-metodológico e, aos efeitos da presente pesquisa, significamos os Direitos Humanos como: o conjunto de direitos que objetivam a promoção da dignidade do ser humano e, como consequência, constitui-se em premissas para a realização da cidadania e da democracia.

### **Palavras-chave:**

Direitos humanos; Direitos Fundamentais e Democracia.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

## 1. Introdução

O presente estudo tem como premissa fundamental que os direitos humanos abrangem direitos aceitos por todas as culturas: direitos necessários para a convivência social e para a realização da democracia. Dessa forma, os direitos fundamentais e os direitos humanos alicerçam a sociedade democrática por serem direitos essenciais em cada comunidade nacional.

Todavia, importa considerar a Vida: vida digna, vida em sociedade como a essência e razão desses direitos e o cerne fundamental da democracia. Eis que, o respeito e garantia dos direitos fundamentais e humanos é condição a primordial de toda sociedade civilizada. Daí, que a exclusão, o preconceito e o egoísmo classista se tornam indicadores precisos da falta de democracia.

Um sistema verdadeiramente democrático é aquele que legitima mudanças democraticamente apontadas pelo povo e que têm como valor básico os princípios universais de direitos humanos.

Nesse sentido a democracia seria uma condição, um princípio primário para a realização do ser humano que almeja construir, efetivamente, seu futuro numa determinada comunidade solidária. Tal construção implica, necessariamente, que os direitos fundamentais e humanos caminhem para uma concepção universal.

## 2. Significação dos Direitos Humanos

A expressão "direitos humanos" é concebida na forma mais abrangente possível do seu significado: um ideal (ou dever ser) que nos orienta na busca da vida, da paz, da justiça e a realização do ser humano. Diz-se de

uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Assegurado o respeito à pessoa humana, assegura-se, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. (JAYME, 2005, p.1)

A expressão "direitos humanos" é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as

características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de *direitos humanos*. (DALLARI, 1998, p. 7)

Para entendermos com facilidade o que significam direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, por exemplo, a vida é um direito humano fundamental, porque se ela a pessoa não existe. Então a preservação da vida é uma necessidade de todas as pessoas humanas. Outras necessidades são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, e tantas outras coisas. (DALLARI, 1998, p. 7)

Destarte, os direitos humanos podem ser definidos como sendo um conjunto de direitos básicos e necessários para o desenvolvimento do ser humano, isto é, de uma vida digna com base na liberdade. Identificam-se, assim, os direitos humanos com:

a plenitude do direito à vida, sob o aspecto físico e moral; daí, consagrarem a dignidade da pessoa humana como seu fim. A idéia de direitos humanos, como realização da dignidade humana, deve ser compreendida de forma dinâmica, por representarem eles, os direitos humanos, patamares mínimos para uma existência digna. Todavia, os valores neles consagrados, tais como liberdade, igualdade, democracia, bem-estar, felicidade, são cláusulas abertas e, portanto, inexauríveis. Assim, respeitar os direitos humanos significa conferir condições mínimas, necessárias para o indivíduo desenvolver seus potenciais com o máximo de liberdade possível. (JAYME, 2005, p. 2)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, apresenta um caráter específico e especial, que os distingue do Direito Internacional público em geral. Enquanto este busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesses dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. Contudo, privilegia-se uma análise interdisciplinar, já que se localiza justamente na interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A interdisciplinaridade aponta para uma resultante: o chamado Direito Constitucional Internacional, integração que assume um caráter especial quando esses dois campos buscam resguardar um mesmo valor, o valor da primazia da pessoa humana. (PIOVESAN, 2010, p. 15-17).

## **2.1. Internacionalização dos direitos humanos: direitos humanos e democracia.**

As primeiras manifestações de direitos humanos se remontam ao ideal de homem abstrato do jusnaturalismo antigo. Sabe-se que, somente, a partir do século XIII consideram-se formuladas as bases para uma doutrina posterior acerca dos direitos naturais.

Ora, como bem ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2007, 36), a consideração de que a denominação "direitos humanos" pode ser equiparada aos "direitos naturais" não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional já revela, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam, ao menos em parte da idéia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal.

Cuida-se, assim, dos direitos humanos, considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, mas, neste caso, de direitos não-positivados. Cumpre assim traçar uma distinção, ainda que de cunho didático, entre as expressões: "direitos do homem" (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), "direitos humanos" (positivados na esfera do direito internacional) e "direitos fundamentais" (reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

Foi, contudo, por meio da passagem do feudalismo para o capitalismo que se possibilitou a defesa de um ideal de homem fraterno e livre que acelerou o anseio por uma sociedade justa. Contudo, por meio dos conhecidos princípios: "liberdade", "igualdade" e "fraternidade" criaram-se a base para uma formação econômica e social democrática. Consequentemente viram-se na dignidade e na liberdade do ser humano as premissas para a realização do direito e da democracia.

As lutas de classe aceleraram as mudanças no campo do Direito Internacional, surgindo, assim, a "Declaração de Virgínia", de 12 de junho de 1776, a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" da Assembléia Nacional francesa, de 1789. Desta forma, criaram-se as condições para declarações do século XVIII, que acentuaram o confronto sociopolítico.

A reafirmação internacional dos direitos humanos deu-se, pela transformação e reformulação dos direitos fundamentais. Daí a conhecida "geração de direitos" tratada sucessivamente pela doutrina nacional e estrangeira.

Assim, por exemplo, falou-se em uma primeira geração dos direitos humanos que abrange os direitos á liberdade e a autonomia do indivíduo,

direitos que teriam como gênese as revoluções liberais do século XVIII (na Europa e Estados Unidos). Os direitos da Declaração de Virgínia e da Declaração francesa de 1889 são, nesse sentido, direitos de primeira geração, fundamentados no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo, uma vez que precedem o contrato social.

Uma segunda geração exigiria do Estado um papel ativo para a realização dos direitos de primeira geração. Tais direitos, também elencados na Constituição mexicana de 1917, na Constituição alemã de Weimar de 1919 e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, possibilitaram a Organização Internacional do Trabalho, por meio da qual se reconheceram importantes direitos dos trabalhadores.

Diz-se que os direitos de segunda geração configuram-se a partir da complementação histórica dos direitos individuais, pelas reivindicações dos despossuídos, as exigências para participar do bem-estar social, sendo o fundamento dos direitos do indivíduo em relação ao coletivo (direito ao trabalho, à saúde, à educação etc.). Como é claro, o reconhecimento destes direitos depende da posição que adote o estado, principalmente, com os serviços públicos.

Já os direitos de terceira geração incluiriam, posteriormente, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito à autodeterminação e, em especial, o direito a um meio-ambiente equilibrado. São os direitos de titularidade coletiva, tais como: o direito à autodeterminação dos povos e outros direitos, derivados das relações internacionais, são conseqüências de conflitos nascidos das relações entre as comunidades e, também, resultado de toda geração que aqui se explica. Hoje, por exemplo, num nível mais geral, pensa-se nos direitos mais universais da humanidade, considerando-os, também, como direitos humanos:

a) o direito a um meio ambiente, pelo qual toda pessoa tem necessidade de viver num meio sadio e a contar com os serviços públicos básicos;

b) o direito à educação, como direito à capacitação de todas as pessoas, para participar efetivamente de uma sociedade democrática, favorecendo a tolerância, a amizade entre todas as nações e todos os grupos sociais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em favor da manutenção da paz;

c) o direito à saúde, como gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social;

d) o direito aos benefícios da cultura, do progresso científico e tecnológico, da proteção dos interesses morais e materiais que a eles correspondam, em virtude de produções científicas, literárias e artísticas;

e) o direito à constituição e proteção da família, como elemento fundamental da sociedade;

f) o direito à proteção das crianças, pelo qual toda criança tem o direito de crescer no amparo da família, da sociedade e do Estado;

g) o direito à proteção dos idosos e dos "inválidos";

h) o direito à integração econômica dos Estados, segundo as áreas e regiões geográficas e afins.

Todavia, outros novos direitos são elencados dentro do conjunto de direitos humanos, a saber, o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações, o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente argüido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade, a ser administrado por uma autoridade internacional e em benefício da humanidade em geral. (LAFER, 1991, p. 131)

### **3. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: acerca da equiparação dos conceitos**

A passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar social estimulou o surgimento de um pensamento, isto é, de uma nova interpretação dos direitos sociais, ora expressos na forma de direitos fundamentais ou de direitos humanos. Devido a tal equiparação os construtos "direitos fundamentais" e "direitos humanos" foram considerados e usados, indistintamente, como construções lingüísticas idênticas ou similares nos diferentes discursos políticos e obras científicas e doutrinárias.

Contudo, é mister distinguir ambas as denominações e, neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 33-34), destaca que vale a opção pela denominação "direitos fundamentais", o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como "direito do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", "direitos humanos fundamentais", apenas para referir algumas das mais importantes.

A exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, continua o citado autor, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica ao se referir aos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, usam-se na Constituição expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. 11); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º); c) direitos e

liberdades constitucionais (art. 5, inc. LXX) e d) direitos e garantias individuais (art. 60).

Certamente, a constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sobra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos no somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. (SARLET, 2007, p. 174-175)

Dessa forma, pese sejam ambas as denominações "direitos humanos" e "direitos fundamentais" comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a denominação "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2007, p. 35-36).

A necessidade da exigência dos direitos fundamentais e humanos se reafirma, pois eles independem de da positivação normativa, eles existem independentemente de sua positivação em leis e tratados e alberga o direito a vida: à sobrevivência. Vê-se, aí, incluído o conceito de cidadania e democracia como formando os alicerces de tais direitos.

#### **4. Correlação possível entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Democracia.**

O conceito de "democracia" representa a mais alta expressão da civilização humana. Eis que, o ideal da democracia, em teoria, objetiva garantir a liberdade, a dignidade e a participação popular. O vocábulo "democracia" deriva do grego "*démokratía*, de *dêmos* 'povo' + *kratía*, isto é, "força, poder". É um conceito, por meio do qual se designa o povo decidindo seu futuro e exercendo o poder.

Vê-se, assim, que a questão da democracia encontra-se profundamente enraizada na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que não existirá democracia sem cidadania e sem acesso efetivo a direitos fundamentais da pessoa humana. Daí, que a inclusão social e a garantia dos direitos fundamentais e humanos estejam, de fato, ligadas à democracia.

Nesse sentido, qualquer definição do conceito "democracia" acaba por colocar os direitos humanos e fundamentais na tônica do cidadão e da sociedade (do povo). Ora, importar distinguir democracia participativa e a democracia representativa com o objetivo de caracterizar a concretude, isto é, a realização social do conceito.

Vemos, assim, que um autêntico ideário democrático é aquele que possibilita a solidariedade e a justiça social, que somente se possibilitam na medida em que se respeitam os direitos fundamentais e humanos. Coloca-se, assim, o povo como meio de legitimar o Estado, *povo-ativo* (participante das decisões políticas); povo como instância global de atribuição de legitimidade, *povo-ícone*; e o povo como destinatário das decisões e atuações públicas. (Kelsen, 2000, p. 36-40)

Na verdade, o conceito de povo é usado para legitimar do Estado, sua democracia. Assim, conferimos nas constituições contemporâneas e mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil:

Art.1º - A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo Único - **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de **representantes eleitos** ou diretamente nos termos desta Constituição. (Grifo nosso)

Vemos que os chamados representantes, aqueles aos quais se outorgam poderes de representação, no que tange às estruturas políticas e



governamentais vigentes, elegem-se do povo e são denominado *povo-ativo*, o titular dos direitos políticos e, a respeito desse tema Friedrich Müller (2003, p. 127) ensina os diferentes modos de se significar o povo, de acordo com a aplicação do direito e da tentativa de efetivação do Estado Democrático.

Verificamos, assim, que o conceito de democracia pressupõe a inclusão social e, conseqüentemente a efetivação dos direitos fundamentais e os direitos humanos. Logo, o povo é o legítimo "destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu". (HEIDELBERG, 2003, p. 100)

Nesse sentido, se afirma que uma democracia verdadeiramente participativa é aquela onde a participação é necessária e concreta e onde o povo se converte em ator principal e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa (BONAVIDES, 2003, p. 281-296).

Modernamente, e contrariamente ao que acontecia nas décadas dos 60 e 70, a democracia passou a ganhar forças e, conforme nos ensina Bonavides (2003, p. 157) o Estado social, tornou-se humanizador do poder, jurídico nos fundamentos sociais da liberdade, democrático na essência de seus valores, padece, de último, ameaça letal à conservação das respectivas bases e conquistas. Esmacê-lo e depois destruí-lo é parte programática das fórmulas neoliberais propagadas em nome da globalização e da economia de mercado, bem como da queda de fronteiras ao capital migratório, cuja expansão e circulação sem freio, numa velocidade imprevisível, contribui irremissivelmente para decretar e perpetuar a dependência dos sistemas nacionais, indefesos, e desprotegidos, sistemas que demoram nas esferas do Terceiro Mundo".

#### **4.1. Democracia e inclusão social**

Definimos a "exclusão social" como a forma de exclusão de todos os direitos: à educação, à saúde, à habitação, ao lazer, à assistência social e, mais especificamente, à assistência jurídica.

Em verdade, a negação desses direitos tem uma extraordinária repercussão de caráter sócio-jurídica, pois atinge a "dignidade" e a "justiça social": são conceitos decisivos para a integração das normas constitucionais e infraconstitucionais a cada caso concreto, procurando-se com isso a melhor forma de garantir a harmonia social (paz social) finalidade também reconhecida no preâmbulo constitucional e almejada por todos.

Vemos que a exclusão social é também uma forma de negar a justiça social e a democracia. Daí que a inclusão social tem a democracia como meio e a justiça social como fim. Observamos, pois, que a inclusão social, assim como a garantias dos direitos fundamentais e humanos fortaleceram o conceito de democracia, assim como a democracia se tornou alicerce desses direitos. Resta,

contudo, aprofundarmos no tema da moralidade pública para, no cenário político-administrativo concretizar ainda mais tais direitos.

Fala-se, assim, da importância das boas escolhas das lideranças (agentes públicos) para possibilitar a concretização dos direitos fundamentais e humanos por meio do Executivo, do Legislativo e do judiciário, ligando, dessa forma, o discurso acerca da democracia à moralidade política e administrativa em termos de subordinar os interesses individuais e partidários aos interesses sociais objetivando uma sociedade livre, justa e solidária.

Em suma, como ensina Moreira Neto (1992): a democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto *práxis*, é uma técnica social para compor interesses diversos. Somente pelo exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, pilastras da legitimidade, um povo aprende a cultivar a democracia como estilo de vida e a mantê-la como regime político.

#### 4.2. Acerca da eficácia social dos Direitos Fundamentais

O termo "eficácia", explica Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 245), engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise. A controvérsia alcança inclusive a própria utilização do termo eficácia, bem como os diversos sentidos que a este podem ser imprimidos. Desde já mesmo da opção temática efetuada, centrar-nos-emos na problemática da eficácia dos direitos fundamentais próprios da Constituição de 1988.

Dessa forma, como indica o citado autor a doutrina nacional tem distinguido a vigência de eficácia, situando-as em planos diferenciados. A vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz. Todavia, importa não esquecer a íntima correlação entre as noções de vigência e validade.

Conforme lemos na doutrina constitucional nacional, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Todavia, acerca do tema eficácia social Norberto Bobbio (2001, p. 45-52) presta inegável contribuição metodológica ao sustentar que a eficácia social:

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. A investigação para averiguar a eficácia ou ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação

tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. (...) pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito. (Grifo nosso)

Em verdade, explica Bobbio, o problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a *sociologia jurídica*. (BOBBIO, 2001, p. 45 - 52)

Contudo, esta capacidade de incidir imediatamente sobre os fatos regulados não é uma característica de todas as normas constitucionais. Nesse sentido as normas constitucionais são classificadas quanto à sua eficácia em:

a) normas constitucionais de eficácia jurídica plena. Consideram-se, assim, as normas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para sua inteira operatividade, as normas que produzem ou têm possibilidades de produzir todos os efeitos que o constituinte quis regular, as normas que têm autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena, as normas que conformam de modo suficiente a matéria de que tratam, ou seja, seu enunciado prescrito é completo e não necessita, para atuar concretamente, da interposição de comandos complementares.

b) normas constitucionais de eficácia jurídica contida: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, direta, mas que podem ter o seu alcance reduzido pela atividade do legislador infraconstitucional. Normas com eficácia redutível ou restritivo.

c) normas constitucionais de eficácia limitada. São aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, a que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente incidem totalmente após normatividade ulterior que lhes dê aplicabilidade. Usam-se, assim, as expressões "a lei regulará", ou "a lei disporá", ou ainda "na forma da lei", ficando evidente que a vontade constitucional não está integralmente composta. Todavia, integrada a esta classificação subdividem-se as normas em: normas de princípio Institutivo (aquelas que dependem de lei para dar corpo às instituições, pessoas e órgãos previstos na Constituição) e normas de Princípio Programático (aquelas que estabelecem programas a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade constituinte).

Ora, conforme ensinamentos de Sérgio Iglesias Nunes (2008. p. 132-133), a doutrina clássica alusiva às normas constitucionais referentes aos direitos proclamados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, por exemplo,

classifica-as quanto a seu grau de eficácia, no sentido de sua aplicabilidade e efetividade, como sendo limitadas, mediatas e reduzidas e tidas como normas de cunho programático, nas quais se tem, por muitas das vezes, verificado a inexistência de sua aplicação, sob a justificativa de faltar-lhes condições para aplicação imediata, necessitando-se de legislação infraconstitucional para que sua eficácia produza, ou de programas a serem implementados ou de criação de órgãos pelo Estado. Todavia, mesmo aqueles doutrinadores que consideram algumas normas com de cunho programático admitem a quebra do entendimento de que elas seriam meros enunciados ou até mesmo “promessas”, a ponto de não reconhecer mais a existência de normas programáticas.

Em verdade, os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, assim prescrito no próprio § 1º do art. 5º da Constituição Federal (*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*).

Dessa forma, determina a vigente Constituição Federal que se dê aplicabilidade imediata ao exercício desses direitos previstos, cujo rol não é exemplificativo, a teor do 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*). Conclui-se que são direitos que independem de normas criadoras de instituições ou de sistemas que facilitem a aquisição da casa própria. (SOUZA, 2008. p. 134)

## 5. Conclusão

Os direitos humanos constituem um conjunto de direitos indissolúvel por meio dos quais se objetiva garantir a vida e a dignidade de todo ser humano. Embora tais direitos existam formalmente, a realidade mundial indica uma dissociação ou falta de correspondência dos mesmos com a realidade existencial de muitos países onde é visível a injustiça social.

Contudo, é imprescindível falar em tecnicismos, mas também em efetividade da ordem jurídica, procurando, desta forma, inibir os problemas que notoriamente atingem a sociedade como um todo, a saber, o desemprego, a miséria, a fome, dificuldades de acesso a terra, à saúde, à educação etc.

No mundo contemporâneo, subsistem situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos, por isso, a crise dos direitos humanos continua na ordem do dia (LAFER, 1991, p. 118). O conhecimento da Teoria da Geração desses direitos nos brinda a possibilidade de compreender o porquê da existência de enfoques diferentes sobre a matéria. Portanto, “o fato de explicar os direitos humanos como parte integrante da lógica individualista significa conceber a liberdade como faculdade de autodeterminação de todo ser humano” (Ibid., p. 120).

Eventuais defesas à proteção dos direitos do homem colocam em confronto alguns direitos, a saber: o direito à liberdade e o direito à propriedade *versus* a integridade física, a segurança e outros direitos sociais (ou coletivos): educação, saúde, moradia, lazer, emprego etc.

Destarte, ao se advogar pelo reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, com frequência deixa-se de privilegiar determinados direitos sociais. Privilegiam-se determinados privilégios econômicos de classes ou grupos e se subordinam a eles alguns direitos sociais básicos: educação, emprego, segurança social, acesso à informação, à cultura etc.

Importa, nesse sentido, analisar o modo pelo que a Constituição brasileira incorpora os tratados internacionais de proteção dos direitos humano, atribuindo-lhe um *status* hierárquico diferenciado. Embora estes tratados sejam elaborados com o fim de importar em obrigações aos Estados que os ratificam, os seus verdadeiros benefícios são os indivíduos que estão sob a jurisdição do Estado. Destarte, a incorporação efetiva das normas desses tratados no plano nacional é de crucial importância para que os seus propósitos sejam alcançados. (PIOVESAN, 2010, p. 4).

Hodiernamente, a situação vigorante na maioria dos países parece justificar a necessidade de rever os conceitos acerca dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, com o intuito de evoluir para uma sociedade mais justa, onde o Estado e as organizações não-governamentais e a sociedade em conjunto, atuem procurando fins comuns.

Os direitos humanos devem ser interpretados, de forma a alcançar a proteção dos direitos do homem inserido na sociedade. O abandono da idéia do homem em abstrato é premissa fundamental para a formação de um critério razoável. Assim, a denominação direitos humanos rompe a clássica divisão do direito em público e privado, para se identificar como aqueles direitos mais gerais, isto é, relativos à humanidade. Por isso mesmo, sua expressão tem de significar a atenção ao ser humano, ao homem, pois sem o homem, não há direitos humanos.

Há de se privilegiar e efetivar a preservação da saúde e do bem-estar coletivo, logrados por meio de projetos sociais, relativos à alimentação, à moradia e à assistência médica.

Todavia, devemos trabalhar para objetivar uma educação digna, por meio da qual se capacite ao ser humano que assim será mais útil à sociedade: o acesso à cultura, aos benefícios da tecnologia e dos resultados dos avanços científicos em geral.

Em suma, é mister garantir o direito a uma vida plena que envolva a proteção da integridade física; o direito à liberdade e à igualdade perante o próprio direito e a democracia.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. trad. Roberto Raposo, São Paulo : Cia das Letras, 1997.

\_\_\_\_\_. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIDART CAMPOS, German José. *Doctrina del Estado Democrático*. Buenos Aires: EJE, 1961.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo : Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Direito, poder, justiça e processo: Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

\_\_\_\_\_. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, P.; ZOLO, D. *O Estado de Direito*. Trad. por Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COURTIS, Christian e ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo : Moderna, 1998.

FARENA, Duciran Van Marsen. "A Saúde na Constituição Federal" em *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, n. 4, 1997

FERREIRA PINTO, *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FILARDI, Hugo. Democracia e Processo. Breves Reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836, pp. 83-90, jun. 2005.

FRIEDWICH, Carl. *La Democracia como forma Política y como forma de vida*. Tradução espanhola de C. Zabal. Madrid: Schimdt Volg, 1991.

GRAU, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. por Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2003

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Janine Ribeiro. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MASINI, Raúl, Héctor. *Autodeterminación y soberanía em América Latina. Las cuestiones pendientes. Necesidad de la integración internacional*, *Revista Cubana de Derechos*, La Habana, n.º 32, Enemar. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NALINI, José Renato. *O futuro da democracia*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 38, pp. 103-112, jan./mar. 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRIETO SANCHIS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madri : Debate, 1990.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo : Ed. Max Limonad, 2001.



**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa. *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 1992.

ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ROTHENBURG, Walter. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Doutrina dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

\_\_\_\_\_. *A ciência do direito*. Curitiba: Appris, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, p. 15-34, jul./set. 1988.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2008.

STRECK, Lênio Luiz e Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Roberto Lobo (org.). *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

VILHENA, Oscar V. *Direitos Humanos – Normativa internacional*. São Paulo : Ed. Max Limonad, 2001.

## A narrativa jurídica e a não neutralidade enunciativa

Claudia Maria Gil Silva<sup>1</sup>

### Resumo:

O presente trabalho pretende mostrar discurso como o lugar onde se manifestam as questões sociais de cada época, instalando uma temática por conta das interações que se dão entre sujeitos que assumem posições sociais, realizam escolhas semânticas, ideológicas, linguísticas, lexicais, definindo os diferentes modos com que pretendem se ver relacionados com o outro. Esses mesmos sujeitos enunciadoreis criam, combinam, soldam partes significantes para poderem dizer(-se), construindo, dessa forma, o *ethos* enunciativo, cuja narrativa é muitas vezes representada como uma manifestação do interesse comum, mas que também, muitas vezes, é usada para ratificar ideologias que pretendem legitimar projetos de dominação, uma vez que promovem o poder hegemônico de determinados grupos, por meio da associação de princípios jurídicos e narrativas culturais particulares.

### Palavras-chave:

Narrativa jurídica. Não neutralidade enunciativa. Ideologia e poder.

---

<sup>1</sup> Doutora em Língua Portuguesa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Professora e pesquisadora do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

## 1. Introdução

O discurso jurídico representa um mundo impregnado de expectativas, intenções e verdades interiores dos sujeitos que o (re)produzem. Nesse espaço, tais sujeitos se apropriam da palavra e constroem sua identidade ao estabelecer o diálogo com o outro. Diferenças e semelhanças, portanto, aproximam-se, assim como os sujeitos da enunciação. Semelhanças várias, no que diz respeito ao compartilhamento de motivações, finalidades e intenções como seres humanos dentro de uma relação. Diferenças que garantem o reconhecimento do sujeito e da sua identidade no que tange ao desempenho dos papéis que lhes são individuais, solos e assimétricos no processo de interação discursiva e que legitimam mutuamente esses sujeitos.

No centro dessa relação entre os sujeitos da enunciação está a língua construindo e desconstruindo, portanto, os significados sociais capazes de definir cada sujeito como pessoa entre pessoas, como aquele que pode ser reconhecido e compreendido pelos discursos que produz em um dado contexto social, delineando o *ethos* enunciativo, "que não se constrói no que se diz, mas na maneira de dizer, no que o orador transmite, ou seja, trata-se do que ele apresenta e não representa, já que se firma nas marcas da enunciação." (MONNERAT, 2008, p. 12 Revista Vertentes, n° 34)

Nessa perspectiva, consideramos os discursos de posse dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal como um suporte para essas possibilidades, pois nessas situações de posse, ao inserir-se no discurso, o enunciador faz uso pleno de seu patrimônio lexical e realiza uma seleção vocabular que lhe permite delinear uma imagem de si para si mesmo e para o outro, revelando e protegendo as *faces*, ou fachadas (Goffman, 2012, 13) que pretende veladas e expostas.

(...) o sujeito mostra-se com sua identidade social de locutor; é ela que lhe dá direito à palavra e que funda sua legitimidade de ser comunicante em função do estatuto e do papel que são atribuídos pela situação de comunicação. (...) o sujeito constrói para si uma figura daquele que enuncia, uma identidade discursiva de enunciador que se atém aos papéis que ele se atribui em seu ato de enunciação que se impõe a ele e das estratégias que ele escolhe seguir. O sujeito aparece, portanto, ao olhar do outro, com uma identidade psicológica e social que lhe é atribuída, e, ao mesmo tempo, mostra-se mediante a identidade discursiva que ele constrói para si." Charaudeau. (2006, 115)

A narrativa presente nesses discursos, analisada sob a perspectiva do comportamento lexical/ linguístico, permitir-nos-á apontar alguns *ethé* mostrados da Presidência do STF bem como as *faces* veladas e reveladas dessa

mesma Presidência, sendo possível, por conseguinte, observar certas imagens do Poder Judiciário construídas pelos membros da mais alta cúpula do próprio Poder.

Analisaremos a palavra enunciada nesses discursos, pois é nesse contexto de interação que ela se responsabiliza por expressar as relações existentes nas interações humanas e no *modus agendi* de um determinado grupo, dentro de um contexto social, em um determinado tempo, revelando, novamente, um mundo que já fora revelado antes.

(...) o mundo comunicado é sempre fruto de um agir comunicativo construtivo e imaginativo e, no caso específico dos textos, podemos observar como passar, por meio da língua, de um mundo real a um mundo representado, ou seja, de um mundo a significar a um mundo significado. (idem, 2009)

Mostrar, construir e reconstruir esse mundo depende de mostrar, construir, reconstruir ou preservar uma *fachada*, ou seja, uma imagem de si em que os atributos sociais sejam aprovados, ainda que essa imagem seja compartilhada (Goffman, 2012, 14). Tal fachada precisa, no entanto, ser aprovada e apoiada por "juízos e evidências comunicadas por outros participantes" (idem Goffman, 15) e para ratificar essa concepção e, para tanto, servimo-nos do que escreve o Ministro Maurício Corrêa, presidente do Supremo Tribunal Federal em 2003, na introdução do livro *Posses Presidenciais, Brasília 1962-2004*.<sup>2</sup>: "Nos discursos aqui reproduzidos podem ser encontrados subsídios importantes para análise e conclusões sobre a atuação do Tribunal e a História brasileira, mercê das revelações feitas nas cerimônias de posse dos que atingiram a Chefia do Poder Judiciário nacional."

## 2. A palavra e sua relação com o discurso

Debruçar-nos-emos, neste trabalho, sobre a linguagem verbal, especificamente a escrita, tratando-a como uma forma de representar o mundo e o pensamento, usada como uma "ferramenta" de comunicação; ou ainda, como prefere Koch (1993, p. 7), o "lugar" de ação ou interação, ou Fiorin (2008, p.6), como "o veículo das ideologias, instrumento de mediação entre os homens e a natureza, os homens e os outros homens", motivando, orientando e dando sentido à ação (Charaudeau, 2006, p.39).

A estratégia retórica e argumentativa que repousa no poder da palavra nos permite criar o mundo e não apenas refleti-lo. Pela palavra, portanto,

---

<sup>2</sup> Posses Presidenciais, Brasília 1962-2004; Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

nascem, misturam-se, transformam-se, espalham-se e se perpetuam nossas histórias que, traduzindo o sentimento humano, concedem aos homens o poder de se caracterizarem a si mesmos ao fazerem uso de seu acervo lexical, não permitindo, porém, a perenidade dos fatos, mas a imortalidade desses fatos, alimentando a humanidade pelo que registram.

Ao retratar as questões sociais atuais de cada época, a palavra atravessa o tempo, transformando-o, transformando-se, ajustando-se às necessidades de mudanças exigidas pelas conexões internas e externas que nela se realizam e que influenciam sua seleção na elaboração de outros discurso e é, portanto, no contexto de enunciação que ela nos interessa porque representa os sinais, cujos significados se constroem no discurso, pois é a palavra “o compositor” do *ethos*, validando-o na interação que se estabelece no discurso.

A relação intertextual ou interdiscursiva autorizará as vozes que marcarão a heterogeneidade do discurso e que irão ratificar a imagem construída de si próprio; as manifestações linguísticas e a seleção lexical em tais processos determinam uma prática sociocomunicativa e suas respectivas características, inserindo esses discursos em determinados domínios discursivos de modo a suscitar um contrato que, explícito ou tácito, será capaz de confirmar a interdependência e relevância do enunciador, revelando, em decorrência, *faces* e imagens que se querem construídas, reveladas e veladas no discurso.

### 3. Um pouco de História e o *Corpus*

Todo ponto de partida de uma história é a própria história, que traz em si, seus personagens, suas emoções, suas lembranças e os órgãos de cúpula da Justiça no Brasil, mostrados a seguir em ordem sucessiva, não fogem a essa regra. Sua trajetória é iniciada em 1808, perfazendo até o presente ano de 2019 um percurso histórico de 211 anos.

Instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10 de maio de 1808, foi criada a **Casa da Suplicação do Brasil**. Depois, como previsto na Carta Imperial de 1824, o **Supremo Tribunal de Justiça (Império)** foi instalado em 09 de janeiro de 1829, data também de sua primeira sessão plenária e da eleição de seu primeiro presidente, o Ministro José Albano Fragoso, natural de Lisboa e formado em Direito pela Universidade de Coimbra.

A promulgação da primeira Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, prevê, em seu Decreto 01, que o **Supremo Tribunal Federal (República)** seria instalado em 28 de fevereiro desse mesmo ano, ou seja, quatro dias depois. Nessa data, realizou-se a primeira sessão plenária, sob a presidência interina do Ministro Sayão Lobato (Visconde de Sabará), então presidente do Supremo Tribunal Federal (Império) e foi eleito por escrutínio

secreto o primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal (República), o Ministro Freitas Henriques, natural da Bahia.

Durante 69 anos, o Supremo Tribunal Federal (República) teve sua sede no Rio de Janeiro, em Constituição Provisória de 11 de outubro de 1988, outorgada pelo Decreto 848, que dividido em primeira e segunda partes, estabelece os princípios que fundamentam a organização da Justiça Federal e a instalação do Supremo Tribunal Federal. Nesse período, 15 Ministros exerceram a presidência dessa Casa, sendo o Ministro Barros Barreto o último presidente eleito e empossado naquela cidade, em 29 de janeiro de 1960. Em 21 de abril de 1960 foi instalada a Corte em Brasília e em 29 de janeiro de 1962 tomou posse o primeiro presidente do Supremo Tribunal Federal eleito na nova capital da República, o Ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada.

Dois anos depois, no dia 31 de março de 1964, tem lugar na história do país o golpe militar. O Brasil se submete a um longo período de ditadura. Atos institucionais, restrições e imposições estabelecidos por esse regime que permaneceu no poder por 24 anos refletiram na composição e competência do Supremo Tribunal Federal.

Quarenta e seis homens presidiram o Supremo Tribunal Federal no período de 1891 a 2018 (Brasil República) e apenas duas mulheres em toda a sua História. Diferentes Presidentes, mas um mesmo Poder. Diferentes “Brasis” de um mesmo Brasil refletidos nos discursos de posse dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal. Diferentes valores que os impregnam de uma carga semântica que os associa a uma memória, a um contexto histórico, social e político. Vejamos:

O percurso histórico da Justiça do Brasil é permeado por momentos de glórias e de imensas dificuldades, visto que o país sofreu, por diversas vezes, reveses decorrentes da perda do Estado de Direito devido à quebra da ordem constitucional e à ascensão do Estado autoritário. Ainda assim, Rezek<sup>3</sup> (*apud* Lopes e Rios, 2009, 8) faz a seguinte consideração:

(...) somos, provavelmente, a região do mundo que mais valorizou o Direito e lutou, no plano externo, pelo seu primado; que menos traiu os princípios do direito das gentes, que menos se acomodou às violações do Direito Internacional que se banalizaram, infelizmente, na última virada de século.

Considerando as vozes que ecoam nesses e desses discursos, nossa proposta consiste em eleger três deles, dentro do recorte histórico “Brasil,

---

<sup>3</sup> É Advogado, foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas, responsável pelo Prefácio da obra de Lopes e Rios.

capital Brasília", ou seja, de 1962 a 2014, privilegiando o lugar que ocupam na História do país, levando em consideração os eventos políticos e sociais relevantes que marcaram o país nesses anos.

Pretendemos explorar os estudos da linguagem no plano do discurso e estabelecer a relação entre *ethos* e a palavra manipulada com o objetivo de apontar as *faces* mostradas e preservadas dos enunciadores discursivos, bem como as que forem ocultadas pelos mesmos, ou outros recursos linguísticos que acreditamos contribuir para a construção das imagens do próprio Poder:

Todos os Poderes da República podem falhar, Senhor Ministro Lafayette de Andrada, menos o Poder Judiciário. O Poder Judiciário fraco, no que toca aos dinheiros públicos, que ele não pode distribuir, no que toca às graças, que ele não pode proporcionar a ninguém, no que toca à força, que ele não comanda, tem, entretanto, em si, o poderio da lei, da Constituição, de que ele é guarda absoluto e que deve ser fidelíssimo. Todos os Poderes da República podem falhar, menos o Poder Judiciário. No dia em que o Poder Judiciário descer de sua altura e se misturar aos interesses pessoais pequeninos e menos confessáveis, a Nação Brasileira estará irremediavelmente condenada.<sup>4</sup>

A construção do *ethos* e a não neutralidade enunciativa nos discursos de posse dos Presidentes do STF: *faces* veladas e reveladas na narrativa jurídica

Na impossibilidade de um trabalho mais extenso, apresentamos, a seguir, a análise de fragmentos de três discursos selecionados: o do Ministro Presidente Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa (1963/1966); da Ministra Presidente Ellen Gracie (2006/2008) e do Ministro Presidente Joaquim Barbosa (2012/2014 e atual Presidente do STF), respectivamente.

O discurso de posse do Presidente Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, proferido precisamente em 11 de dezembro de 1963, ecoa como a voz de uma Instituição corajosa e independente diante de um Brasil já amedrontado após a renúncia do Presidente da República Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, mesmo ano em que toma posse.

Vejamos alguns fragmentos:

---

<sup>4</sup> Fragmento do discurso com que o Ministro Pedro Chaves saudou, na cerimônia de posse, o Ministro Lafayette de Andrada, primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal eleito em Brasília, em sessão realizada no dia 29 de janeiro de 1962.



*"(...) Assemelha-se esta Casa da Justiça ao grande rio pelo dorso de cujas águas flutuam os destroços e as impurezas desprendidas pelas erosões de suas margens ou arremetidas das terras distantes.*

*Verdade seja, estamos permanentemente em dia com os problemas que afligem e engendram a neurose coletiva que hoje, como nunca, avassala e invade todos os lares, todas as consciências livres, todos os cidadãos que amam intensamente esta Terra privilegiada.*

*(...) Aqui, sem dúvida, se acotovelam ingentes problemas de interesse coletivo, as questões básicas de equilíbrio social, os conflitos entre os poderes, além daqueles que surgem, a cada passo, entre o cidadão e os detentores do poder. A todos esta Suprema Corte tem dedicado o seu estudo, a sua meditação e prodigaliza os frutos benéficos de seus vereditos, aptos a porem termo às desavenças e injustiças e a toda a sorte de arbítrio de quaisquer que sejam as autoridades, acaso desgarradas dos preceitos constitucionais e das leis que regem esta Nação.*

*(...) Dignifiquemos o enalteçamos a República, implantada neste País no histórico momento para atender às suas aspirações de independência, seladas pelo interesse nacional sobreposto à apatia, à indiferença e ao desprezo pelo direito mínimo do povo.*

*Estejamos atentos ao conceito lapidar de Rui, no sentido de que "a República é uma fórmula, mas a substância está na liberdade". (...)"*

Utilizando uma metáfora pouco comedida Ribeiro da Costa compara os Poderes que constituem a República do Brasil ao lixo que se agrega às margens de um grande rio – o próprio STF. Informa que o Poder Judiciário não se distancia dos problemas quotidianos do país, muito ao contrário, percebe-os, reconhece-os, acompanha-os e avisa ser esse mesmo Poder Judiciário o fiel jardineiro da árvore frondosa – a democracia – e que sob sua copa, ou seja, sob sua proteção, o cidadão brasileiro encontrará um abrigo que o protegerá. Constrói uma cena em que atua, de modo concomitante, como autor e ator e, corajosamente apresenta "um mundo a significar" (Monnerat *apud* Charaudeau, 1995) ou ressignificar – o "novo" Poder Judiciário – para aqueles cujo poder possa ou pretenda ameaçar a democracia brasileira – *quaisquer que sejam as autoridades, acaso desgarradas dos preceitos constitucionais e das leis que regem esta Nação* –, revelando uma face destemida, que se agrega a uma outra desafiadora e que forjam o *ethos* de coragem da Presidência do STF.

Em "*Dignifiquemos o enalteçamos a República...*", utiliza-se do uso da 1ª pessoa do plural, de modo a ampliar e estender às autoridades do país o dever daquela Presidência, anunciando duas ações que deseja o Poder Judiciário (uso da forma verbal no presente do modo subjuntivo), mostrando que elas têm de ser realizadas em um momento pontual, ou seja, no "agora", considerando o momento da enunciação.

Imiscui, ainda, a voz de Rui Barbosa, cujo prestígio no mundo jurídico é incontestado, à sua, de modo a dividir com este a autoridade que o cargo de Presidente da Suprema Corte do país lhe impõe, mantendo, dessa forma, uma característica própria do domínio discursivo jurídico quando o enunciador discursivo propõe a busca pela justiça, pela da manutenção de uma ordem equitativa e da confiança social, completando a argumentação (Perelman, 2005, p.349-350). A credibilidade inscrita nessa voz outra expõe duas faces do Poder responsáveis pelo que pauta suas decisões: a da sabedoria e a do conhecimento, compartilhando o *ethos* de credibilidade inscrito na voz que se anuncia. E prossegue:

*"(...) Proclamamos bem alto que a Justiça, nas Democracias, é significativamente o esteio e a salvaguarda da liberdade que tem os seus algozes de que a Justiça na sua mais alta categoria, representada por este Egrégio Tribunal, a cada obstáculo que se lhe pretenda opor, redobrará, coesa e una, sua vigilância indestrutível para preservar, com a liberdade, o processo evolutivo de nossa supremacia material e moral, aperfeiçoando e fortalecendo a admirável unidade deste País, desta Nação soberana.*

*(...)Para lhe servir os altos desígnios, a postos, aqui permanecemos. E havemos de fazê-lo destemerosamente, lembrando à Nação que ora nos ouve, as palavras do Senhor Ministro Victor Nunes, expressas em memorável sessão do Supremo Tribunal Federal. Disse o insigne Juiz:*

*"Nesses momentos, é que tribunais da natureza dos nossos ficam mais expostos à crítica. E o nosso escudo é o sentimento do dever e da independência. Não dispomos das armas, nem do tesouro, nem dos instrumentos formadores da opinião pública. Mas erigindo a independência à categoria de nosso mais penoso dever e de nossa mais nova prerrogativa, estaremos tão protegidos como o próprio regime, porque é preciso destruir o regime para suprimir a independência que a Constituição nos garante."*

*(...)"*

Sua voz se enche de coragem. "Proclama" – seleção lexical que ratifica a face destemida desse Poder – para quem quiser ouvir, a disposição do STF em redobrar a vigilância no que tange à preservação das liberdades que garantem a soberania da Nação. Assegura que nada há que possa inibir ou intimidar o Supremo Tribunal Federal quanto ao cumprimento de seu dever e, em decorrência, preserva a face já construída do Órgão de que agora é líder.

Ao entrar numa situação em que recebe uma fachada para manter, essa pessoa assume a responsabilidade de vigiar o fluxo de eventos que passa diante dela. Ela precisa garantir que uma *ordem expressiva* particular seja mantida – uma ordem que regula o fluxo de eventos, grandes ou pequenos, de forma que qualquer coisa que pareça ser expressada por eles será consistente com sua fachada. Quando uma pessoa manifesta tais compunções, principalmente por causa do dever de si mesma, falamos, em nossa sociedade, de orgulho; quando ela o faz por causa do dever a unidades sociais amplas, e recebe apoio destas unidades ao fazê-lo, falamos de honra.(Goffman, 2012, 16-17)

Outra voz, a do Ministro Victor Nunes, é trazida ao discurso e apresentada como memorável, de modo a garantir a autoridade dessa voz (Perelman, 2005, p. 351)., confirmando e preservando a face já revelada e a voz corajosa do enunciador que se propõe disposto ao enfrentamento das forças autoritárias que já se manifestam como uma ameaça iminente à democracia, naquele contexto histórico do país. Costa abre espaço para mais um argumento de autoridade, de modo a mostrar que o Poder Judiciário está pronto, preparado para um enfrentamento das forças políticas que põem em risco a democracia e que se percebe iminente naquela conjuntura política. Portanto, um argumento que, tacitamente, está sujeito a ser questionado. (idem, 2005, p. 350). Novamente o *ethos* de coragem se manifesta na narrativa, conferindo ao sujeito enunciador a credibilidade de que precisa para poder estar no lugar discursivo em que se encontra.

Detenhamo-nos, agora, em alguns fragmentos do discurso de posse da Ministra Ellen Gracie, a fim de analisarmos as fronteiras de comunicação (Goffman, 2010, 167) e termos uma abordagem mais específica sobre o lugar da comunicação e a relação que pode se estabelecer entre os coenunciadores e o engajamento de face que se dá. Importa considerar os interlocutores que pertencem àquele "lugar" e os que não fazem parte essencialmente do mesmo cenário de comunicação, mas que ali estão por questões várias e diferentes. Para tanto, é preciso enfocar a questão da "fronteira" apresentada por Goffman (idem, 167 – 168), quando afirma:

Quer um indivíduo receba permissão para entrar numa região, como uma sala, quer ele seja excluído dela, ele frequentemente terá que demonstrar algum tipo de respeito pela fronteira física em torno dela, se ela existir. (...) Por isso, reconhecem-se arranjos sociais que restringem tal comunicação a uma parte especial da fronteira, tais como portas, e que levam pessoas dentro e fora da região a agir *como se* a barreira cortasse mais da comunicação do que realmente corta. A tarefa que as paredes desempenham ocorre parcialmente porque elas são reverenciadas ou socialmente reconhecidas como barreiras comunicativas, criando, entre membros da comunidade que se comportam apropriadamente, a possibilidade de “fechamento situacional convencional” na ausência de um fechamento físico real.

Teremos a oportunidade de observar que, na abertura de seu discurso de posse, a Ministra Ellen Gracie “acolhe” todos os presentes com o mesmo respeito – *“Peço que todos se sintam igualmente acolhidos”*. Apesar de seus vocativos manterem a ordem hierárquica que a situação de comunicação demanda, haja vista que, com essas autoridades acontece um engajamento de *face* acessível, ou seja, em que há uma participação completamente compartilhada (ibidem, 170), o enunciador não se furta a uma palavra especial a seus familiares, amigos e amigas, reconhecendo, inclusive, os “arranjos sociais” que impedem seus “tantos amigos” de adentrarem o local, ou seja, as paredes do salão onde ocorre a cerimônia de posse: *“Meus amigos e amigas, tantos amigos, cujo comparecimento me traz grande alegria, e que tornam insuficientes as dependências deste Plenário”*.

Agradece igualmente a presença de todos que se dirigiram às dependências do STF para assistirem à sua posse, “demolindo” as paredes físicas que a separam daqueles a quem tanto preza e estima, sugerindo ou apresentando uma *face* mais humana do Poder de que ora é a suma representante. Vejamos, então, o fragmento citado acima:

*Senhor Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva,*

*Senhor Presidente do Congresso Nacional, Senador Renan Calheiros,*

*Senhor Presidente da Câmara de Deputados, Dep. Aldo Rebelo,*

*Senhor Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando de Barros e Silva de Souza,*

*Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal,*

*Senhores Ministros Aposentados do Supremo Tribunal Federal,*

*Senhoras e Senhores Governadores de Estado,*

*Senhoras e Senhores Parlamentares,*

*Senhoras e Senhores Embaixadores,*

*Senhores Presidentes dos Tribunais Superiores,*

*Senhores e Senhoras Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça,*

*Senhoras e Senhores Presidentes e representantes dos Tribunais de Justiça, Regionais Federais e do Trabalho,*

*Senhor Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr.*

*Roberto Busatto,*

*Senhoras e Senhores magistrados, procuradores e advogados,*

*Servidores do Supremo Tribunal Federal,*

*Meus familiares.*

*Meus amigos e amigas, tantos amigos, cujo comparecimento me traz grande alegria, e que tornam insuficientes as dependências deste Plenário,*

*Peço que todos se sintam igualmente acolhidos.*

*Obrigada pela presença de cada um.*

*O apoio que essa presença significa reforça minha disposição de bem desempenhar a honrosa tarefa de que me incumbiram meus pares. (...)*

Mais adiante, a Ministra torna a se dirigir àqueles que não estão presentes fisicamente no evento, longe mesmo, especificamente às mulheres (presentes e virtuais), ou como ela mesma diz "a todas as mulheres do país", conclamando-as a participarem daquela ocasião, inscrevendo-as como membros autorizados de um engajamento particular, em uma interação focada, dado que sua mensagem se dirige exclusivamente a elas, deixando clara a intenção de "fazer uma contribuição específica" (op. cit., 170) à relevância e a importância do papel da mulher na sociedade brasileira. Ratifica o igual valor de todas elas, introduzindo-as em seu mundo, ao inseri-las como membros virtuais do resultado que aquele dia representa para a sociedade, de um modo geral.

Revela, naquele momento, uma *face* desprovida de vaidade e humilde e, em decorrência, um *ethos* de modéstia afetada extrema, ao pedir licença aos oradores que já se manifestaram até aquele momento, para compartilhar com elas – as mulheres, todas as mulheres – os louvores que estes lhe conferiram em seus discursos.

*“(...) Senhoras e Senhores,*

*Tenho plena consciência do simbolismo deste ato inédito.*

*Gostaria que todas as mulheres deste país se sentissem participantes deste momento. Porque, não se trata de uma conquista individual. Comigo estão todas as mulheres do Brasil, pois muito embora os notáveis exemplos de capacidade, dedicação e bravura ao longo de nossa história, muito embora os extraordinários serviços prestados por essa metade da população brasileira, nenhuma de nós, na trajetória republicana, havia ocupado a chefia de um dos três poderes. Comigo estão não apenas as mulheres que se beneficiaram de educação superior e as que tem lugar no mercado de trabalho, mas também aquelas que em suas ocupações mais modestas, igualmente prestam sua contribuição importantíssima para o progresso da sociedade. Todas elas são partícipes deste dia. Meu compromisso não poderia, portanto, ser outro que o de desempenhar minhas funções ao limite de minha capacidade, para não desmerecê-las. É o seu valor, creiam, muito mais do que qualquer merecimento pessoal meu que se reconhece na data de hoje. E por isso, peço licença aos oradores para redirecionar às mulheres brasileiras os louvores que me foram endereçados.”*

Podemos afirmar que, naquela cena enunciativa há, portanto, participantes e expectadores (reais e virtuais) inseridos e os assuntos tratados pela enunciativa em seu discurso se referem tanto a obrigações devidas ao encontro que se realiza, quanto à ocasião social da qual a Ministra constitui uma expressão (*op. cit.*,171).

Vamos a outro fragmento:

*“(...) Sabem todos que o Conselho (Nacional de Justiça) não é composto exclusivamente por magistrados. O Congresso Nacional reservou lugar em sua composição para*

*integrantes do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e representantes das duas casas do Parlamento, e última análise, para representantes do povo. O que esta composição sinaliza é que Justiça não é assunto que diga respeito exclusivamente aos membros do Poder Judiciário. Justiça, em sentido amplo, é tarefa cotidiana de todos os cidadãos e responsabilidade do convívio social. Faz justiça todo aquele que demonstra consideração e respeito pelo direito do próximo. Em suma, todos nós temos compromisso com a Justiça. É apenas quando a relação de consideração e respeito pelo direito alheio falha que nós, os juizes, somos chamados a atuar. Talvez por isso é que visionariamente, como é próprio dos artistas, e desejando um futuro em que não seja necessário fazer uso tão freqüente da balança, nem brandir a espada para garantir a execução do julgado, que o gênio de Ceschiatti fez repousar tranqüilamente a Themis que dá as boas vindas aos que adentram a esta Casa. Ela representa o ideal a ser perseguido, o de uma sociedade pacificada, que nada distraia de seu grande futuro. Onde a Justiça, como uma senhora que é, possa sentar-se em dignidade, e descansar sobre o regaço o gládio que é seu atributo impositivo.*

*Justiça é tarefa de todos, é o ato de construir, persistente e quotidianamente uma sociedade melhor."*

É possível verificar que novamente se inscreve no discurso um *ethos* de modéstia. A fachada pessoal do enunciador é despida das vestes que distinguem a Instituição para que sua representante maior se junte a outros, agregando a todos, de um modo geral, a tarefa de promover justiça. As metáforas utilizadas – *"fazer uso tão freqüente da balança, nem brandir a espada para garantir a execução do julgado"* – trazem um cenário novo para a enunciação. A marca da divindade toma conta da cena enunciativa e recebe autorização para tomar vida e exercer a sua missão de guardar as leis. O enunciador se aproxima do elemento divino e se coloca na mesma "altura" deste, fazendo com que deuses e homens sejam partes de uma mesma imagem.

Convidar e receber divindades na "Casa" que preside, confere ao enunciador um poder que o diferencia do homem comum, ao mesmo tempo em que o investe da imagem divina. Essa fusão empalidece uma possível fragilidade do feminino e constitui, por conseguinte, os *ethé* divino e de credibilidade que irão aproximá-lo do auditório a que se dirige, conquanto luta e defende os mesmos ideais de justiça que deseja a sociedade. Forja-se, então, um elemento que não falha, muito ao contrário, pois *"quando a relação de consideração e respeito pelo direito alheio falha, que nós, os juizes, somos*

*chamados a atuar*". Por fim, para que o *ethos* de justo se agregue à sua imagem, o enunciador personifica a Justiça e afirma ser esta uma "senhora", transformando, assim, a toga do magistrado em um elegante vestido preto.

Para prosseguirmos, enfoquemos a cena interativa que se dá no momento de posse, em um espaço público ideal para as representações de papéis sociais (Charaudeau, 2006), onde subjazem os personagens de uma narrativa e um jogo de máscaras que representam os interlocutores. Nessas encenações, tais personagens recorrem a estratégias que lhes permitem preservar a face e conduzir a interação de forma harmônica. Nos discursos de posse, cujo cunho político é detectado, o jogo de máscaras se realiza quando a palavra é proferida e se deve considerar não apenas o que ela diz, mas também o que não diz, nunca podendo ser vista sem uma intencionalidade ou como ingênua, mas sim como parte de uma estratégia enunciativa em que o enunciador nem sempre se sente absolutamente seguro e inatingível. O jogo de máscaras é, pois, também responsável pela identidade que se constrói do enunciador.

Para tratarmos desse jogo de máscaras e darmos prosseguimento a nossas considerações, traremos, agora, fragmentos do discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa na Presidência do STF<sup>5</sup>, a fim de observar e apontar a identidade moldada e construída nos padrões imanentes do próprio Poder Judiciário, a preservação que confirma uma *face* positiva diante da comunidade representativa desse Poder e de outros Poderes da República, da sociedade, de um modo geral, e da comunidade familiar.

Pretendemos apontar, ainda, a ocultação de uma face visível aos olhos de todos – o Ministro Joaquim Barbosa é o primeiro negro a assumir a Presidência do STF – mas, diferentemente do que fez a Ministra Ellen Gracie na ocasião de sua posse nessa Presidência, quando enalteceu a função da mulher na sociedade, em todas as suas camadas, esse fato histórico não mereceu qualquer destaque em seu discurso, não foi sequer abordado, mas imiscuído em uma comunidade: *"Nem todos os brasileiros<sup>6</sup>, são tratados com igual consideração quando buscam o serviço público da justiça."*

Passemos, então, à apresentação de alguns fragmentos desse discurso e às nossas considerações.

---

<sup>5</sup> O discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa na Presidência do o Supremo Tribunal Federal não foi publicado por esse Órgão até a presente data. Motivo pelo qual o discurso desse Ministro aqui apresentado ter sido retirado do site <http://olharcristao.blogspot.com.br/2012/11/discurso-de-posse-doministrojoaquim.html>.

<sup>6</sup> Grifo nosso.



"(...)

O bom magistrado é aquele que tem plena e total consciência de seus limites e das limitações que lhe são impostas pela sua condição funcional. Não basta ter uma boa formação técnica, humanística e forte apego a valores éticos, que em realidade devem ser guias comportamentais de qualquer agente estatal e mesmo de agentes privados.

O juiz deve ter presente o caráter necessariamente laico da missão constitucional, da missão constitucional que lhe é confiada, e velar para que as suas convicções e crenças mais íntimas não contaminem a sua atividade, que é uma das mais relevantes para o convívio social, além de fator de fundamental importância para o bom funcionamento de uma economia moderna e de uma sociedade dinâmica, inclusiva e aberta a toda e qualquer mudança que traga melhorias para vida de todas as pessoas.

(...)"

Trata-se de uma interação em que se espera seja construída uma *face* condizente com a posição social que o enunciador ocupa, ou seja, uma *face* que respeite as condições hierárquicas e sociais próprias do papel que desenvolve naquele ato, adotando uma linha de conduta apropriada a esse papel.

O Ministro Barbosa se refere ao magistrado em terceira pessoa e lhe define uma *face* positiva. Vai além, na verdade, pois constrói para esse membro do Poder Judiciário uma *face* de perfeição, coerente com o que se espera de um juiz, de acordo com nossa cultura, ancorando, portanto, a construção dessa imagem nos preceitos de uma sociedade. Nesse momento, ocorre o apagamento do "EU" e uma modéstia afetada abraça sua imagem. Uma atitude de *dramatização*, que cuida do modo como o discurso é elaborado, dá destaque a valores afetivos socialmente compartilhados e fala à emoção do outro, persuadindo todos a aceitarem a imagem que constrói e passa, então, a desfrutar do *status quo* de um homem comum, mas com o poder de determinar o *modus agendi* do juiz. As expectativas sociais geradas em torno dele podem ser sustentadas e o tornam merecedor do *empréstimo* que lhe foi concedido: "a linha mantida por e para uma pessoa durante o contato com outras tende a ser de tipo legítimo e institucionalizado." (Goffman, 1980, 78).

A seguir, mais um trecho do discurso do Ministro Joaquim Barbosa. Vejamos:

*A justiça por si só e só para si não existe. Só existe na forma e na medida em que os homens a querem e a concebem. A justiça é humana, histórica. Não há justiça sem leis nem sem cultura. A justiça é alimento ínsito ao convívio social, daí porque a noção de justiça é indissociável da noção de igualdade. Vale dizer, a igualdade material de direitos, sejam eles direitos juridicamente estabelecidos ou direitos moralmente exigidos. Em outras palavras, quando se associam justiça e igualdade, emerge na sua inteireza o cidadão reivindicar o mais sagrado dentre os seus direitos, qual seja, o direito de ser tratado de forma igual, de receber igual consideração, a mesma que é conferida ao cidadão "A" ou ao cidadão "C" ou "B".*

*Há falácia sobre o direito à igualdade, sobre os direitos à igual consideração, é preciso ter a honestidade intelectual para reconhecer que há um grande déficit de justiça entre nós. Nem todos os brasileiros são tratados com igual consideração quando buscam o serviço público da justiça. Ao invés de se conferir ao que busca a restauração dos seus direitos, o mesmo tratamento, a mesma consideração que é dada a uns poucos, o que se vê aqui e acolá, não sempre - é claro, mas às vezes sim, é o tratamento privilegiado, o bypass a preferência desprovida de qualquer fundamentação racional. Gastam bilhões de reais anualmente para que tenhamos um bom funcionamento da máquina judiciária. Porém é importante que se diga, o judiciário que aspiramos a ter é um judiciário sem firulas, sem floreios, sem rapapés, pelo menos na minha concepção.*

*O que buscamos é um judiciário célere, efetivo e justo. De nada valem as edificações suntuosas, os sofisticados sistemas de comunicação e informação se naquilo que é essencial a justiça falha. Falha porque é prestada tardiamente, e não raro, porque presta um serviço que não é imediatamente fruível por aquele que o buscou. Necessitamos com urgência de um maior aprimoramento da prestação jurisdicional, especialmente no sentido de tornar efetivo o princípio constitucional da razoável duração do processo*

Inicia uma definição de justiça cujo principal objetivo é inscrever o princípio de igualdade e condenar os privilégios conferidos a alguns. Não revela, no entanto, quem seriam os privilegiados – descreve-os como "cidadão "A" ou

ao cidadão "C" ou "B'" – nem revela, também, aqueles que sofrem discriminação e que são tratados por ele como "Nem todos os brasileiros", visando, assim, que a comunicação seja estabelecida com harmonia, posto que não constrange os interlocutores que possam pertencer à classe dos privilegiados, nem à dos discriminados, e a face do juiz que se desenhava nos parágrafos anteriores – a da perfeição – se confirma e se preserva.

Fechando o parágrafo, o Ministro resgata a primeira pessoa. Primeiramente com o uso do plural, realçando a modéstia que perpassa por sua imagem: *"o judiciário que aspiramos a ter é um judiciário sem firulas, sem floreios, sem rapapês"*, enaltecendo o desejo de todos os juizes e dividindo com eles a imagem do justo, para, imediatamente depois, optar pela retomada da primeira pessoa do singular na intenção de manter a própria *face* – *"pelo menos na minha concepção."* – cosendo de vez a imagem do justo à sua pessoa, restringindo-a apenas a ele ao selecionar o modalizador *"pelo menos"* e o possessivo de primeira pessoa *"minha"* para identificar a *"opinião"* a que se refere. Tal rompimento, no entanto, dura pouco, pois quando inicia o parágrafo seguinte, retoma a primeira pessoa do plural e evita o desfiguramento, ou seja, a perda da *face* do outro, a fim de garantir que a *face* dos envolvidos no processo interativo seja mantida.

#### 4. Breves considerações finais

Citando Silva (2016, p.183)

Tentar decalcar a imagem de uma instituição como o Poder Judiciário é algo que a princípio nos parecia difícil, mas possível. No decorrer deste trabalho começamos a compreender que nossos olhos e mãos e livros e noites e dias não seriam suficientes para fazê-lo. Refeitos, procuramos nos concentrar no que a riqueza de nosso *corpus*, em tudo o que nos oferecia e lançamos sobre ele um novo olhar.

A partir desse novo olhar, foi possível perceber que algumas das *faces* do Poder Judiciário se mostrava revelada ou velada nos discursos, por meio das narrativas apresentadas, pois o comportamento dialógico da língua permitia que o enunciador se (re)velasse e se diferenciasse para poder ser reconhecido em/por sua produção discursiva.

Observar a construção do ethos no corpus escolhido lançou luz sobre a História e competência do Poder Judiciário e a égide que seus Presidentes representam para toda uma sociedade. Trouxeram-nos, esses discursos, a oportunidade de estudar a língua em uso, cuja apresentação se constitui em um documento de referência para estudos outros, especificamente sob os aspectos

semântico, pragmático e discursivo, que conduzem a reflexões várias, capazes de revelar toda a beleza que dela emana. Há, no entanto, muito ainda a abordar.

## Referências:

ALENCAR, Francisco, RAMALHO, Lucia Carpi e RIBEIRO, Marcos Venício Toledo. *História da sociedade brasileira: 2º grau*. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985.

AMOSSY, Ruth (org.) *Imagens de si no Discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005. \_\_\_\_\_. "As modalidades argumentativas do discurso." In: Gláucia Muniz Proença Lara, Ida Lúcia Machado, Wander Emediato (organizadores). *Análises do discurso hoje*, volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. – (Lucerna; 2).

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso Político*. (Le discours politique: les masques du pouvoir). Trad. De Fabiana Komesu e Dílson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2006.

\_\_\_\_\_. Identité sociale et identité discursive, Le fondement de La compétence communicationnelle. In: Gragoatá, Niterói, nº 21, p. 339-354, 2º sem. 2006.

DASCAL, Marcelo. "O ethos na argumentação: uma abordagem pragma-retórica." Ruth Amossy (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005.

FAVERO, Leonor Lopes. *Coesão e Coerência Textuais*. 7 ed. São Paulo: Ática, 1999.

FEDERAL, Supremo Tribunal. *Posses Presidenciais, Brasília 1962-2004*; Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

FIORIN, José Luiz. *Elementos da análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 1999.

GOFFMAN, Erving. "A Elaboração da face - Uma análise dos elementos rituais da interação social". In: FIGUEIRA, S. (org.). *Psicanálise e Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980.

\_\_\_\_\_. *Comportamento em Lugares Públicos: notas sobre a organização social dos ajuntamentos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. *Os Atos de Linguagem no Discurso*. Tradução de Fernando Afonso de Almeida e Irene Ernest Dias. Niterói: EdUFF, 2005.

**DIREITOS, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE  
NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e RIOS, Patricia. *Justiça no Brasil – 200 anos de História* – São Paulo: ConJur Editorial, 2009

MAINGUENEAU, Dominique. *Análises de textos de comunicação*. Trad. Cecília P. de Souza-e-Silva, Décio Rocha. São Paulo: Cortez: 2001.

\_\_\_\_\_. *Cenas da Enunciação*. Organização: POSSENTI, Sírio e SOUZA-E SILVA, Maria Cecília Perez de. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

\_\_\_\_\_. "*Ethos, cenografia, incorporação*". Ruth Amossy (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. "*Gêneros textuais: definição e funcionalidade*." . In: DIONISIO, Angela Paiva, MACHADO, Rachel, BEZERRA, Maria Auxiliadora. Org. *Gêneros textuais & ensino*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)* [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.stf.jus.br/portal>>.

MONNERAT, Rosane Santos Mauro. "As faces no espelho: seleção lexical e construção de identidades". *Revista Vertentes*, da Universidade Federal de São João Del Rey, volume 34, julho-dezembro de 2009. .

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Eduardo Brandão. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. QUEIRÓS, Bartolomeu Campos de. *Correspondência*. 4ª Ed. Belo Horizonte – MG.: Miguilim, 1990.

PAULIUKONIS, Maria Aparecida Lino. "Ensino do léxico: seleção e adequação ao contexto." In *Da língua ao discurso: reflexões para o ensino*. Maria Aparecida Lino Pauliukonis e Sigrid Gravazzi (orgs). Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

OSAKABE, Haqira. *Argumentação e Discurso Político*. 1ª Edição. São Paulo: Kairós Livraria e Editora LTDA, 1979.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Eduardo Brandão. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, Claudia Maria Gil. *Discursos de posse dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal – Brasil, capital Brasília: uma das faces do ethos do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<http://olharcristao.blogspot.com.br/2012/11/discurso-de-posse-doministrojoaquim.html>