



# Direitos humanos na atualidade: avanços e retrocessos



**(Organizadores)**

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

Direitos humanos na atualidade:  
avanços e retrocessos

2017



## **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

## **Editora FOA**

### **EDITOR CHEFE**

Laert dos Santos Andrade

### **EDITORIAÇÃO**

Rodrigo Cãmilo Alves

## **Comissão Organizadora**

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Pablo Jiménez Serrano

### **FICHA CATALOGRÁFICA**

Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316

S612s Direitos humanos na atualidade: avanços e retrocessos. [recurso eletrônico]. / Organizado por Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil Silva; Úrsula Adriane Fraga Amorim; Pablo Jiménez Serrano. – Volta Redonda: FOA, 2017. 370 p.

ISBN: 978-85-5964-116-5

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

A EDITORA FOA não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980, e demais alterações), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

# Sumário

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>CONSUMO SUSTENTÁVEL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL: UM ESTUDO DE CASO EM ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE BARRA MANSA-RJ.....</b>	<b>7</b>
Arthur Andrade Athayde; Matheus Sátiro Oliveira; Raphaela Freitas Rocha; Sandra de Mello Carneiro Miranda.	
<b>O DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA ETICIDADE NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS E DE CONSUMO .....</b>	<b>21</b>
Pablo Jiménez Serrano; Isabele Andreia da Silveira; Mariana Miranda Ribas; Sidnélia Leite .	
<b>AS MINORIAS E EXCLUÍDOS NO ESTADO BRASILEIRO .....</b>	<b>57</b>
Cleide Meire Miranda Medeiros; Elisângela de Miranda; Isabele Silveira; Maria Eduarda Consani; Mariana Miranda Ribas.	
<b>O CONSUMIDOR IDOSO E A TECNOLOGIA: UMA ANÁLISE DAS PRÁTICAS DE MERCADO E SEU IMPACTO NA VIDA DESTA CATEGORIA HIPERVULNERÁVEL .....</b>	<b>79</b>
Gabriela Maia Cassab; Matheus Martins Alves Pereira.	
<b>MITIGAÇÃO DO ACESSO À INTERNET BANDA LARGA FIXA: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS DA PROPOSTA DE ADOÇÃO DE FRANQUIAS NO PAÍS.....</b>	<b>93</b>
Ariadne Yurkin ScandiuZZi; Bruno Ribeiro Oliveira de Almeida.	
<b>A TERCEIRIZAÇÃO NA UFF: REFLEXÕES SOBRE A PRECARIZAÇÃO E A PERDA DA DIGNIDADE DO TRABALHO.....</b>	<b>115</b>
Ana Carolina Reis; Catharina Marinho Meirelles; Kevin Drumond Viana.	
<b>INFANTICÍDIO EM ALDEIAS INDÍGENAS: ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS COMO SOLUÇÃO.....</b>	<b>135</b>
Brenner Pereira; Jéssica Moura; Maria Cecília Guimarães; Thomas de Paula; Yuri Macedo.	
<b>O RECONHECIMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) COMO ELEMENTO CONSTITUINTE DO PISO MÍNIMO VITAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>147</b>
Durcelania da Silva Soares; Tauã Lima Verdant Rangel.	
<b>ÉTICA, DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO FAMILIAR .....</b>	<b>169</b>
Sílvia Rebeca Sabóia Quezado; Paulo Germano Barrozo de Albuquerque	

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUAS CONSEQUENCIAS SOCIAIS NO ESTADO BRASILEIRO ..... 185**

Álcio Pereira; Darlan Alves Moulin.

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..... 211**

Álcio Pereira; Darlan Alves Moulin.

**O PROJETO DE LEI Nº 4.059/12 E AS MUDANÇAS NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR ESTRANGEIROS: FLEXIBILIZAÇÃO OU CONTENÇÃO? ..... 233**

Patrícia Silva Cardoso; Marcela Guimarães Capato; <sup>2</sup>Gabriela Sampaio Pinto; <sup>2</sup>Emanuelle Alves Andrade.

**TESTAMENTO VITAL: MANUTENÇÃO DO DIREITO À VIDA OU DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE? ..... 253**

Thiago de Souza Modesto; Maria Cristina Alves Delgado de Ávila.

**INSPEÇÃO DO TRABALHO: MEDIDA DE PREVENÇÃO OU UM SINAL DE ALERTA..... 271**

Luciane Mara Correa Gomes; Braulino da Silva e Santos.

**MUDANÇAS NO RITO ESPECIAL DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS..... 289**

Beatriz Oliveira Custódio; Maria Clara Moura Santos; Maria Eduarda Rezende Aguiar

Matheus Vidal Gomes Monteiro.

**A EFICÁCIA DO ACESSO AO TRABALHO DO DEFICIENTE COMO DIREITO LEGITIMADO DE IGUALDADE..... 311**

Sandrina de Azevedo Oliveira; Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

**UMA ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO NAS PETIÇÕES INICIAIS DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE VOLTA REDONDA – OS PROBLEMAS NOS USOS DAS CONTRASTIVAS..... 331**

Claudia Maria Gil Silva; Guilherme Martins dos Santos Dias; Jéssica Gama Marques.

**DA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO ..... 347**

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs; Allana Cabral Gontijo Barbosa; Ana Beatriz César Aguiar; Lucas Diniz Santos.

## APRESENTAÇÃO

O presente livro se destina à divulgação de variados trabalhos científicos apresentados e discutidos no II Simpósio de Pesquisa em Direito, UniFOA, realizado em 24 de agosto de 2017, na cidade de Volta Redonda - RJ, cujo tema principal foi: “Direitos Humanos na Atualidade: Avanços e Retrocessos”.

Os 18 capítulos que aqui apresentamos colocam em discussão diversos problemas sociais e jurídicos que afetam as sociedades brasileiras e contemporâneas. A obra tem por finalidade estimular as pesquisas desenvolvidas pelos corpos docente e discente do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA e por destacados docentes, discentes e pesquisadores convidados.

Trata-se de um espaço para discussão e produção acadêmica sobre temas importantes para a comunidade jurídica, regional, nacional e internacional. A respeito dos temas abordados os autores demonstram a capacidade para o tratamento metodológico de diversos assuntos relacionados aos Direitos Humanos e Fundamentais, em face da necessidade de caracterizar os problemas sociais, que se sabem consequentes da dinâmica social, esperando, assim, apontar e discutir as diversas causas ou motivos do aumento da desobediência social e da ineficácia social do direito.

Nesta excelente obra, demonstra-se a transversalidade e interdisciplinaridade das pesquisas jurídicas, que têm como desafio discutir criticamente temas polêmicos e contribuir para a reflexão acerca dos problemas que repercutem negativamente na concretização dos Direitos humanos, da justiça e da cidadania.

**Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano**

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 e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM.



# CONSUMO SUSTENTÁVEL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL: UM ESTUDO DE CASO EM ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE BARRA MANSA-RJ

<sup>1</sup>Arthur Andrade Athayde

<sup>1</sup>Matheus Sátiro Oliveira

<sup>2</sup>Raphaela Freitas Rocha

<sup>3</sup>Sandra de Mello Carneiro Miranda

## RESUMO:

Para verificar o real impacto das práticas educacionais sobre o consumo, este estudo objetiva verificar se o consumo praticado pelos estudantes é realizado de modo sustentável. Após revisão bibliográfica sobre consumo sustentável, fez-se pesquisa de campo, tendo como objeto de estudo três escolas do 6º ao 9º ano da Rede Municipal de Barra Mansa-RJ, com a aplicação de questionário junto aos alunos sobre os diversos aspectos de sua relação de consumo. Concluiu-se que as práticas de consumo dos estudantes pesquisado não ocorrem de forma sustentável, mostrando a importância do destaque do tema consumo sustentável nas práticas de educação ambiental, além da necessidade de outras ações no sentido da conscientização com o meio ambiente.

## PALAVRAS-CHAVE:

Educação ambiental. Consumo sustentável. Barra Mansa.

---

1 Graduando do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, pesquisador do NUPED.

2 Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, pesquisadora do NUPED. Bacharel em Secretariado Executivo Trilíngue pela Universidade Federal de Viçosa- MG e pós-graduada em Gestão Estratégica de Negócios pela Universidade Gama Filho.

3 Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, pesquisadora do NUPED, orientadora de pesquisa, graduada em Direito pela UFJF, especialista em Direito Constitucional pela UNISUL e mestre em Direito e Sociologia pela UFF.



## **1. INTRODUÇÃO**

O trauma ecológico causado pelo desequilíbrio da relação atual do homem com o meio ambiente no cenário mundial trouxe a crescente preocupação com as questões ambientais ao âmbito educacional. Dentro do contexto da Educação Ambiental – consagrada como direito de todos pela Constituição Federal/88 – o consumo sustentável assume grande importância visto que o consumismo desenfreado da sociedade atual já traz consequências ambientais. De acordo com Milaré (2011), quase todos os problemas ambientais estão relacionados, direta ou indiretamente, com a apropriação e o uso de bens, produtos e serviços, suportes da nossa sociedade de consumo. Assim, a Educação Ambiental visa, dentre outros objetivos, a consciência ambiental através do consumo sustentável.

Considerando, portanto, a importância do consumo sustentável no contexto da Educação Ambiental, faz-se necessário refletir sobre o real impacto das práticas educacionais sobre o consumo dos estudantes, para verificar se há eficiência nessa educação. Nesse sentido, este estudo objetiva verificar se o consumo praticado por alguns estudantes da Rede Municipal de Ensino de Barra Mansa-RJ é realizado de modo sustentável. O tema em estudo tem grande relevância, tendo em vista a importância da educação ambiental na mudança de consciência e hábitos que serão responsáveis por uma transformação social.

Para tanto, após revisão bibliográfica sobre consumo sustentável, buscando sua origem, definições e abrangências, fez-se pesquisa de campo, tendo como objeto de estudo três escolas do 6º ao 9º ano da Rede Municipal de Barra Mansa-RJ, com a aplicação de questionário junto aos alunos sobre os diversos aspectos de sua relação de consumo. Portanto, o método utilizado para a pesquisa une teoria e prática, aliando revisão bibliográfica ao estudo de caso.

## **2. CONSUMO SUSTENTÁVEL: ORIGENS, DEFINIÇÕES, ABRANGÊNCIAS**

Até a década de 1970, a crise ambiental era atribuída ao crescimento demográfico, principalmente, pelos países em desenvolvimento. A partir da conferência de Estocolmo, torna-se explícito pelos países em desenvolvimento que, na verdade, os principais responsáveis pela crise

ambiental eram as nações industrializadas (PORTILHO, 2005). De fato, desde a Revolução Industrial no século XVIII, a relação do homem com os recursos naturais se modificou trazendo novas questões econômicas essenciais: o que e quanto produzir? Como e para quem produzir? São problemas econômicos básicos, já que a riqueza consumida pelo ser humano diminui progressivamente enquanto a economia expande, sendo que 20% da população consome 80% dos recursos naturais. Atualmente, o homem ocupa 83% do planeta e a destruição do ecossistema já supera em 20% sua capacidade de regeneração (CORTEZ, 2009, p.44).

Os documentos produzidos na Rio 92, especialmente a Agenda 21, relacionados ao estilo de vida de consumo e problemas ambientais proporcionaram um deslocamento no discurso dominante, onde o foco saiu dos problemas causados pela produção, para os problemas causados pelo consumo.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária a distinção entre os termos consumo e consumismo. O simples “consumo” é entendido como as aquisições racionais, controladas e seletivas baseadas em fatores sociais e ambientais e no respeito pelas gerações futuras. Já o consumismo pode ser definido como uma “compulsão para consumir” (CORTEZ, 2009, p. 36). Conforme Bauman (2008), sociólogo polonês, crítico ferrenho do consumismo e de suas implicações na sociedade, o consumo transforma-se em consumismo quando se torna especialmente importante, se não central para a vida das pessoas, sendo o verdadeiro propósito da existência. Nas palavras do autor, “nossa capacidade de querer, desejar, ansiar por e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano” (BAUMAN, 2008, p. 38).

O sociólogo denomina a passagem do consumo para o consumismo de Revolução Consumista, quando a economia deixa de ser regida pelo trabalho e passa a ser regida pelo consumo, emergida na ótica capitalista. Para o autor, os valores passaram a ser focados nos desejos crescentes na sociedade e precisam levar à não satisfação de seus membros para que a demanda de consumo não se esgote e a economia se mantenha continuamente alimentada, ou seja, a frustração e a insatisfação do consumidor é essencial para a movimentação da economia, implicando o uso imediato de produtos e sua rápida substituição na tentativa de suprir os desejos (BAUMAN, 2008, p. 44). O sociólogo vai além, e expõe uma trágica realidade sobre a sociedade que chama de

“líquido-moderna”, ou seja, efêmera: a transformação dos indivíduos em mercadorias. O autor demonstra que todas as pessoas são aliciadas, estimuladas ou forçadas a se promoverem enquanto uma mercadoria atraente e desejável, utilizando todos os recursos que lhe são disponíveis, e isso inclui o consumo em excesso de todos os produtos possíveis para aumentar seu valor de mercado, contribuindo para a verdadeira Revolução Consumista.

Assim, segundo o autor, além de não trazer a felicidade prometida (BAUMAN, 2008, p. 62), o consumismo é um excesso e desperdício econômico que aposta na irracionalidade dos consumidores, estimulando emoções consumistas sem o cultivo da razão (BAUMAN, 2008, p. 65). Conforme esclarece, essa insatisfação provoca alto descarte, gerando alta taxa de desperdício e tornando-se impensável sem uma indústria de remoção de lixo, que é extremamente prejudicial ao meio ambiente, já que:

Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo inaugura uma era de ‘obsolescência embutida’ dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo. (BAUMAN, 2008, p.44)

Dessa forma, a crise ambiental tem mostrado que o padrão de consumo das sociedades ocidentais modernas, além de ser socialmente injusto e moralmente indefensável, é ambientalmente insustentável. São inúmeros e variados fatores que provocam a compulsão do consumo para além das necessidades reais, numa atitude de verdadeira afronta ao bom senso e ao planeta Terra e às multidões de pessoas carentes do mínimo essencial. As pessoas gastam um dinheiro que não possuem, para comprar coisas de que não necessitam, para impressionar pessoas que não conhecem.

A partir de 1970, do ambientalismo público e da ambientalização do setor empresarial e a emergência a partir da década de 1990 da preocupação com o impacto ambiental de estilo de vida das sociedades à frente, surgiu a ideia de um consumo verde (PORTILHO, 2005), que é aquele que inclui a variável ambiental na escolha de compra, com preferência a produtos que não agridam o meio ambiente, tanto na produção, quanto na distribuição, no consumo e no descarte final. Segundo Spínola (2001), o consumo verde lança novos desafios para a sociedades, não só nos aspectos quantitativos e qualitativos, mas também na mudança radical nos processos produtivos.

Conforme Portilho (2005), a proposta de consumo verde é dominada por análises de consciência ambiental que levará a atitudes e comportamentos ambientalmente benignos, porém a infinidade de assuntos relacionado ao consumo verde levaria a uma incompreensão, impossibilitando o julgamento correto e provocando controvérsias mesmo entre especialistas. Além disso, de acordo com Cortez (2009), o consumo verde sofre algumas limitações: o estímulo aos consumidores a trocar uma marca por outra; a elitização de produtos “verdes” como estratégia de mercado por parte das empresas, que acabam por serem acessíveis apenas a pessoas de alto poder aquisitivo enquanto as classes inferiores continuam a consumir produtos inferiores; além do foco na produção, envolvendo apenas tecnologia, que corresponde a uma parte do problema e não o todo.

Nesse sentido, considerando as falhas da proposta de consumo verde, surgiu a ideia mais abrangente de consumo sustentável, que compreende toda gama de produtos e serviços oferecidos para a sociedade, bem como os recursos naturais realizados nesse processo, com o objetivo do consciente consumo padronizado em todos os países visando reduzir o uso e o desperdício dos recursos naturais manufaturados e sua reutilização e reciclagem (SPÍNOLA, 2001, p. 213).

Conforme Ferreira (1995), consumo é o ato ou efeito de consumir ou gastar, enquanto que Machado (2016, p.61) conceitua o termo “sustentável” como “o tempo, a duração de efeitos e a consideração do estado do meio ambiente em relação ao presente e futuro”. Unindo ambos os conceitos, temos que consumo sustentável significa consumir ou gastar de modo a considerar o efeito e duração dos atos no meio ambiente em relação ao presente e futuro.

De acordo com a CDS/ONU – Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (1995), consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que respondam às necessidades básicas de toda população e trazem a melhoria na qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.

O conceito de consumo sustentável abrange não somente a preocupação ecológica, mas também o aspecto social nas atividades de consumo, buscando a consciência e a responsabilidade quanto aos impactos sociais e ambientais que as escolhas de consumo podem cau-

sar a outros grupos sociais, ainda que geográfica e temporalmente distantes. O impacto social e ambiental da distribuição desigual do acesso aos recursos naturais é mais importante do que o próprio impacto ambiental do consumo, visto que tanto o “subconsumo” quanto o “superconsumo” causam degradação social e ambiental (CORTEZ,2009, p.58). O consumo sustentável abrange a ideia de comércio ético e solidário e se concretiza havendo um público conscientizado, dando importância para a educação ambiental responsável.

A ideia de consumo sustentável envolve profundas modificações em curso que transformam a sociedade, a identidade e a ação política, como o uso de ações de protestos e boicotes por consumidores, uso de cooperativas de consumo, o aumento da proporção de consumo realizados fora do mercado convencional, dentre outros. Assim, tem-se que as questões ambientais são relativas a toda a coletividade e devem ser discutidas na esfera pública.

Apenas a hipótese de politização e ambientalização do consumo pode reelaborar as possibilidades de lutar e participar de políticas, reconfigurando as relações entre as esferas pública e privada no tocante ao consumo sustentável (PORTILHO, 2005). Tanto a redução do consumo quanto a expansão das experiências cotidianas e das tendências de participação na esfera pública contribuem para formação da conscientização do consumo sustentável. A própria legislação ambiental, em conjunto, relembra repetidas vezes a necessidade de participação da coletividade na promoção da defesa e melhoria da qualidade ambiental, sendo aí secundada pelas práticas do planejamento e da gestão ambiental que canonizam a necessidade do processo participativo, da conscientização e da mobilização das comunidades (MILARÉ, 2011, p. 609).

Todavia, a participação dos cidadãos na solução de problemas ambientais vem se tornando íntima, é difícil vê-la como parte de experiência coletiva da participação na esfera pública e do enfrentamento político. Embora importantes, as ações individuais não são o espaço onde mudanças profundas nos padrões de consumo devem ser esperadas. Faz-se necessária a pressão vinda das organizações sociais e das instituições políticas como estratégia de enfrentamento dos problemas ambientais relacionados ao consumo.

Neste contexto, a educação ambiental assume papel essencial na conscientização coletiva sobre consumo, visto que se destina a despertar e formar a consciência ecológica e a qualidade do meio ambiente como patrimônio da coletividade, já que todos são igualmente titulares

do direito/dever de zelar pelo meio ambiente equilibrado, bem de uso comum de todos e essencial à qualidade de vida das presentes e futuras gerações (Art. 225, CF/88).

### **3. ESTUDO DE CASO**

Tendo em vista a importância da conscientização sobre consumo sustentável dentro dos temas de Educação Ambiental, este estudo buscou verificar como tem sido realizada a atividade de consumo por alguns estudantes de ensino médio. Para tal, elegeu-se como objeto de estudo os estudantes de três escolas do 6º ao 9º ano da Rede Municipal de Barra Mansa-RJ - Escola Municipal Luiz Amaral, Escola Pereira Bruno e Colégio Clécio Penedo - a quem foram aplicados questionários sobre os diversos aspectos de sua relação de consumo.

Os questionários realizados nas escolas para a obtenção dos dados seguiram os padrões da pesquisa de consumo sustentável da organização não governamental WWF-Brasil, participante de uma rede internacional e comprometida com a conservação da natureza dentro do contexto social e econômico brasileiro. Baseou-se no teste já desenvolvido pela WWF-Brasil chamado Pegada Ecológica<sup>4</sup>, que mede a quantidade de recursos naturais renováveis para manter o estilo de vida, considerando que tudo o que se usa para viver vem da natureza e mais tarde voltará para ela. Para tal, o teste envolve questões sobre alimentação, moradia, bens, serviço, tabaco e transporte, e com informações obtidas, calcula a quantidade de planetas necessários para suportar o estilo de vida relatado.

De acordo com a WWF, a Pegada Ecológica brasileira é de 2,9 hectares globais por pessoa, segundo o Relatório Planeta Vivo, da rede WWF. Isso significa que, se as pessoas do mundo inteiro consumissem como os brasileiros, seria necessário 1,6 planeta.

O questionário utilizado nesta pesquisa não segue à risca o questionário da WWF, tendo sido adaptado do teste Pegada Ecológica para a realidade dos estudantes de Barra Mansa-RJ, bem como para fins de análise dos dados. Os valores admitidos para as questões serão explicitados a seguir.

---

4 A pesquisa está disponível no endereço eletrônico <http://www.pegadaecologica.org.br/2015/pegada.php>

Para a primeira pergunta, “Como é sua dieta?”, utilizou-se o valor que foi fornecido no questionário, já que esta pergunta constava tanto no questionário quanto no site (figura 1).

Para a segunda pergunta, sobre a moradia, também foram utilizados os valores fornecidos pelos alunos e nenhum admitido (figura 2).

Para a terceira pergunta, sobre o consumo de bens (roupa, eletrônicos, revistas e jornais, etc.), foram utilizados os dados fornecidos pelos alunos. Já em relação ao gasto com equipamentos eletrônicos e o tempo de sua substituição, bem como em relação à mobília, remédios e produtos de limpeza, admitiram-se valores: 1 por ano de substituição para esses aparelhos, e 0 para o restante (figura 3).

Para a quarta pergunta sobre serviços todos os dados foram obtidos das informações passadas pelos alunos (figura 4).

Por tratar sobre tabaco, a quinta pergunta do questionário da WWF não foi utilizada nesta pesquisa, já que o estudo foi aplicado em estudantes menores de 18 anos (figura 5).

Dentro do tema transportes, também não foi usado neste estudo a pergunta sobre o tempo gasto dentro de um avião (admitiu-se valor 0), e sobre meio de locomoção, foi admitido que o principal meio é o transporte público, considerando que se trata de estudantes da rede pública de ensino (figura 6).

Figura 1 – Alimentação.

Alimentação		
COMO É SUA DIETA?		
<b>VEGANA</b> Minha alimentação diária é totalmente composta por vegetais. Não como nada de origem animal.	<input type="radio"/>	
<b>VEGETARIANA</b> Não como carnes nem peixes, mas consumo produtos de origem animal, como ovos, leite e derivados.	<input type="radio"/>	
<b>ONIVORA</b> Costumo comer vegetais e carnes, variando entre frango, peixe, porco e vaca.	<input type="radio"/>	
<b>PREDILEÇÃO POR CARNE VERMELHA</b> Costumo comer vegetais e carnes, variando entre frango, peixe, porco e vaca.	<input type="radio"/>	

Fonte: Pegada Ecológica, 2015.

Figura 2 – Moradia.

Moradia		
Quantos cômodos há em sua casa? <i>Conte todos os cômodos, incluindo cozinha, lavanderia, banheiros, salas e quartos.</i>	<input type="text"/>	
Quantas pessoas moram em sua casa?	<input type="text"/>	
Você costuma retirar os aparelhos da tomada quando não os está utilizando?	<input type="radio"/> SIM <input type="radio"/> NÃO	
Você utiliza ar condicionado?	<input type="radio"/> SIM <input type="radio"/> NÃO	
Seu chuveiro é elétrico?	<input type="radio"/> SIM <input type="radio"/> NÃO	
A iluminação de sua casa é composta, em sua maioria, por lâmpadas econômicas? <i>Ex: lâmpadas de LED ou fluorescentes</i>	<input type="radio"/> SIM <input type="radio"/> NÃO	

Fonte: Pegada Ecológica, 2015.



Figura 3 – Bens.

Bens	
Quanto você gastou com roupas e sapatos no último ano?	<input type="text"/>
Quanto você gastou com equipamentos eletrônicos para sua casa neste último ano? Ex: TVs, DVDs, aparelhos de som, computadores, etc.	<input type="text"/>
Em quantos anos você costuma substituir estes aparelhos eletrônicos de sua casa?	<input type="text"/>
Quanto você gastou com eletroeletrônicos para uso pessoal neste último ano? Ex: Notebook, aparelho de celular, etc.	<input type="text"/>
Em quantos meses você costuma substituir estes aparelhos eletrônicos pessoais?	<input type="text"/>
Quanto você gastou, neste último ano, em mobiliário, estofados, cortinas, tapetes e eletrodomésticos para sua casa? Ex: Sofás, tapetes, eletrodomésticos, louças e panelas, etc.	<input type="text"/>
Quanto você gasta mensalmente em remédios e outros equipamentos destinados aos cuidados com a saúde?	<input type="text"/>
Quanto você gasta por mês com revistas, jornais e livros?	<input type="text"/>
Quanto você gasta por mês com produtos de limpeza para sua casa?	<input type="text"/>

Fonte: Pegada Ecológica, 2015.

Figura 4 – Serviço.

Serviço	
Quanto você gasta por mês em serviços de internet, tv e telefonia (incluindo a conta do celular)?	<input type="text"/>
Quanto você costuma a gastar mensalmente em restaurantes e bares?	<input type="text"/>
Quanto você gasta por mês em shows, cinemas, baladas e outros serviços de entretenimento e recreação?	<input type="text"/>
Quanto você costuma gastar, mensalmente, em cabeleireiros, salões de beleza, barbearias e outros serviços de cuidados pessoais?	<input type="text"/>

Fonte: Pegada Ecológica, 2015.

Figura 5 – Tabaco.

**Tabaco** 

VOCE FUMA?  SIM  NÃO



Fonte: Pegada Ecológica, 2015.

Figura 6 – Transporte.

**Transporte** 

Qual o total de horas que você voou no último ano?  
Conte somente o tempo das viagens que você fez a lazer ou por motivos pessoais.  
Viagens de trabalho fazem parte da Pegada de seu empregador e não da sua.  
Não se esqueça de contabilizar as horas no retorno em aeronaves.

Você possui um veículo motorizado?

Com que frequência você utiliza transporte coletivo/público?

Quanto você usa seu veículo para se deslocar?

Você costuma dar carona para colegas de trabalho ou estudo?



Fonte: Pegada Ecológica, 2015.

De posse desses valores para as respostas, consegue-se calcular um valor de quantos planetas seriam necessários se todos tivessem o mesmo padrão de consumo que o entrevistado.

O número máximo de planetas necessários para se ter uma vida sustentável é 1 planeta exatamente, pela constatação óbvia de que não se pode consumir mais que um planeta, que é o único em que se vive. Portanto foi-se admitido nesta pesquisa que qualquer valor superior a um planeta demonstra consumo insustentável. O valor máximo obtido possível (pior análise dos dados de consumo nas respostas) seria de 26 planetas; então qualquer valor superior a 1 demonstra insustentabilidade, sendo que quanto mais próximo de 26, mais insustentável será.

O resultado obtido pelos estudantes da Escola Municipal Luiz Amaral foi de média 1,584 planetas, enquanto o obtido na Escola Pereira Bruno foi de 1,667 planetas e no Colégio Clécio Penedo foi obtido como resultado o valor médio de 1,563 planetas. Essa informação mostra que o hábito de consumo dos estudantes em análise exige mais que um planeta e meio, mostrando que o consumo não se dá de forma sustentável, ficando próximo da média brasileira de 1,6 planeta.

#### **4. CONCLUSÃO**

A partir dos dados obtidos na pesquisa, conclui-se que as práticas de consumo dos estudantes da Rede Municipal de Barra Mansa-RJ não são realizadas de modo sustentável, já que exigem da natureza mais que um planeta, conforme padrões da entidade WWF.

Conforme Milaré (2011), a agressão aos bens da natureza e à própria teia da vida põe em risco o destino do homem, por isso a conscientização de consumo sustentável é uma alternativa de conciliação entre desenvolvimento integral, preservação do meio ambiente e melhoria da qualidade de vida.

Sabe-se que a educação ambiental é a força propulsora na mudança de consciência e hábitos que serão responsáveis por uma transformação social. A educação ambiental é a primeira e melhor alternativa para superar o quadro de degradação e desconsideração ambiental. Portanto, é imprescindível destacar o tema de consumo sustentável em educação ambiental para provocar alterações profundas na compreensão e conduta humanas. Assim, educação ambiental assume papel essencial na conscientização sobre as práticas de consumo. Faz-se necessário refletir sobre o real impacto das práticas educacionais sobre o consumo dos estudantes, pois não há eficiência em Educação Ambiental sem ao menos a reflexão sobre as ações de consumo.

Conforme Milaré (2011), como outras alternativas, também importantes, faz-se necessária a criação de instrumentos legais apropriados, já que no embate de interesses econômicos, apenas o Poder Público pode conter, com leis coercitivas e imposições oficiais, a prepotência dos poderosos (poluidores e degradadores). Ainda, é preciso uma política clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta de governo, empresários e comunidade, com o intuito de coibir as agressões incontinentes e continuadas ao meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.BRASIL.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos 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 15/04/2017.

CORTEZ, Ana Tereza Caceres. Consumo e desperdício as duas faces das desigualdades, capítulo 2 São Paulo: Editora UNESP, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. São Paulo. Nova Fronteira, 1995

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEC Ministério Da Educação Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade Diretoria de Educação Integral, Direitos Humanos e Cidadania Coordenação-Geral de Educação Ambiental Proposta de Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao13.pdf>. Acesso em 15/04/2017.

MEC, Ministério da Educação e do Desporto. Parâmetros Curriculares Nacionais. Brasília-DF, 1997. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro01.pdf>. Acesso em 15/04/2017.

PEGADA ECOLÓGICA. Pegada Ecológica Disponível em: <http://www.pegadaecologica.org.br/2015/index.php>. Acesso em 22/06/2017.

PORTILHO, Fátima. Consumo sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo *in* Cadernos EBAPE.BR edição temática de 2005, Rio de Janeiro: Editora FGV EBAPE, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPÍNOLA, Ana Luiza S. Consumo sustentável: o alto custo ambiental que consumimos *in* Revista de direito ambiental edição 24 de 2001 capítulo 2.8 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

# O DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA ETICIDADE NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS E DE CONSUMO

<sup>1</sup>Pablo Jiménez Serrano

<sup>2</sup>Isabele Andreia da Silveira

<sup>2</sup>Mariana Miranda Ribas

<sup>2</sup>Sidnéia Leite

## RESUMO:

No presente trabalho discute-se o papel da educação e da informação no processo de edificação da consciência consumerista, no contexto da realidade existencial brasileira e contemporânea, onde a edificação moral há de ser considerada uma condição necessária à dignidade pessoa humana e mais especificamente à dignidade cultural que preside a Identidade, a Cidadania e a Convivência Social. Privilegia-se um estudo jusfilosófico, doutrinário e normativo acerca das relações de consumo, dos conflitos delas derivados e das práticas consumeristas. A pesquisa objetiva destacar o papel que desempenha a educação e a informação no processo de edificação da consciência consumerista visando a inibir maiormente os abusos cometidos pelos fornecedores contra os consumidores. Propõe-se repensar a necessidade da eficácia da legislação vigente (CDC), destacando-se, igualmente, os aspectos que definem a correlação existente entre a negação do direito à educação e a não cidadania.

## Palavras-chave:

Direito à educação. Direito à informação. Consciência consumerista. Eficácia do direito.

---

1 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 e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM.

2 Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA).

## 1. INTRODUÇÃO

Muito variada é a contribuição dos doutrinadores pátrios e, também, estrangeiros acerca do significado e a definição do objeto, dos objetivos e das razões do Direito do Consumidor.

Certamente, o Direito do Consumidor ou “Direito das Relações de Consumo” é uma disciplina que estimula discussões e, conseqüentemente, reflexões cada vez mais aprofundadas acerca da proteção efetiva das relações jurídicas de consumo estabelecidas entre fornecedores e consumidores.

Em verdade, o Direito do Consumidor, mais do que um direito positivado, hodiernamente representa um microsistema que, constituído de normas: princípios e regras, almeja orientar o consumo massificado em face da defesa do sujeito mais fraco da relação tutelada: o consumidor. Trate-se, pois, de uma forma mais humanizada de proteção de direitos, que supera a concepção individualista e privativa, e obviamente isto é possível por meio da “educação para o consumo”.

O Direito do Consumidor é um exemplo de humanização da Justiça, no sentido de que sua aplicação exige da compreensão de seus pressupostos e fundamentos sociais, valorativos e normativos. Falamos, assim, de um direito que não é unicamente pautado por regras ou dispositivos legais (CDC), mais que engloba valores situados acima dos interesses individuais e empresariais.

Destarte, toda lição sobre Direito do Consumidor deve iniciar pela educação, a informação e o conhecimento dos direitos derivados da relação consumerista em face da resolução de novos conflitos. Neste sentido, o problema da significação e da compreensão do objeto e dos objetivos do Direito do Consumidor norteia as modernas discussões que têm como base a necessidade de melhor educação para a realização da Cidadania e da Justiça.

No presente capítulo procura-se tornar possível a compreensão dos fundamentos e pressupostos que balizam a educação consumerista procurando, com isso, inibir as práticas abusivas e os conflitos que delas derivam.

Neste sentido, a investigação objetiva discutir os conceitos que simbolizam o regime já instrumentalizado de resolução de conflitos nascidos das diversas práticas desenvolvidas pelas empresas e demais entes despersonalizados com o intuito de aproximar ao consumidor, seus produtos e serviços.

Procura-se, igualmente, demonstrar que existe um notável vínculo entre a falta de educação (da informação) e a consciência consumérista. Discorre-se, assim, sobre a caracterização e resolução dos problemas que alberga este importante ramo do direito que hoje repercute na vida de todo cidadão. De sorte que, a análise das normas, princípios e regras do CDC nos estimula na procura da sua eficiência e eficácia social.

Privilegia-se, como aspecto importante e conseqüente das lições anteriores, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor: seus valores, normas e dispositivos. Por aplicabilidade entendemos o estudo das concepções que modernamente orientam os processos de integração normativa como antessala da decisão de casos concretos, atividade própria do jurista prático.

Finalmente, destaca-se que o Código de Defesa do Consumidor - CDC - merece o estudo permanente e o aprimoramento normativo constante, principalmente em relação a sua efetividade na sociedade.

## **2. ACERCA DA IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

O Direito do Consumidor ou Direito do Consumo é definido como um conjunto de princípios e regras destinados à proteção do consumidor, verifica-se, desde logo, não ser o consumo, enquanto tal, o objeto da tutela das regras que constituem este novo ramo do direito, mas, sim o próprio consumidor. Este instrumento normativo serve para disciplinar a produção e a distribuição de bens, assim como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor. Em outras palavras, é sobre o fornecedor de produtos e serviços que recaem obrigações de várias espécies em ordem à defesa do consumidor. A preocupação não está focada no objeto de alguma relação jurídica (enfoque objetivo), mas em um sujeito (enfoque subjetivo). (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 8)

No mesmo sentido Claudia Lima Marques (2010, p. 29-31) define o Direito do Consumidor como um ramo novo do direito, disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante. Assim, explica a citada autora, trata-se de um conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com um triplo mandamento



constitucional, a saber, promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da CF), assegurar, como princípio geral da atividade econômica, a defesa do consumidor (art. 170 da CF) e sistematizar e ordenar a tutela especial infraconstitucionalmente, por meio de uma microcodificação, CDC, art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória da CF de 1988.

De acordo com Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p. 8), o Direito do Consumidor é um microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

Já, para Leonardo Roscoe Besa (2010, p. 316) um tema ao qual o Código do Consumidor dedica especial atenção é a proteção contratual do consumidor. O objetivo legal é promover lealdade, transparência e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor.

Da análise dessas e de outras definições parece surgir uma divergência quanto ao sentido e ao alcance desta disciplina. Trata-se de saber se ela existe para proteger unicamente o consumidor ou se também suas normas abrangem as relações de consumo. Com o intuito de superar essa dificuldade e devido à complexidade do seu objeto, preferimos denominar a disciplina da seguinte forma: “Direito das Relações de Consumo”. Em verdade esta opção não é pacífica, mas há de se entender como um pilar importante que nos permitirá superar inúmeros equívocos doutrinários quanto ao sentido e ao alcance deste microsistema. Falaremos, pois, do seu sentido e alcance, não sem antes referirmos a algumas definições, aqui consideradas como ponto de partida importante para a compreensão de sua natureza e objeto.

Pode-se concluir que o Direito do Consumidor é um sub-ramo do Direito constitutivo de um conjunto de teorias, normas e práticas jurídicas que objetivam a tutela das relações consumeristas, a educação para o consumo, a previsão e a resolução de conflitos. Assim, limito-me a significar o Direito do Consumidor da seguinte maneira: o Direito do Consumidor é uma disciplina jurídica constituída de um conjunto de pressupostos teóricos (conceituais e valorativos), e normativos (princípios e regras) destinadas à tutela das relações jurídicas de consumo constituídas pelos sujeitos consumidor e fornecedor.

### 3. A CARACTERIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Define-se o CDC como um conjunto de regras e princípios que visam proteger o consumidor, sua importância surgiu com o próprio consumo, pois como Giancoli e Araujo (2012, p. 22) explicam:

*O consumo leva invariavelmente a um relacionamento entre sujeitos, pois ínsita está a ideia de troca. E com ele surge a necessidade de normas comportamentais para disciplinar sua estrutura e efeitos, porquanto o consumo irrefreável sempre foi um propulsor de litígios.*

Para toda interação entre pessoas é necessária uma norma que a regule e dirima os conflitos que surjam dessa relação. Nas relações de consumo essa norma tem uma importância a mais do que para as outras interações entre pessoas, pois o mercado consumerista atual funciona de maneira vertical, tendo o fornecedor na parte de cima e o consumidor na mais baixa, mostrando assim a desigualdade de poder que há entre essas duas esferas.

Devido a posição vulnerável que o consumidor se encontra, é preciso que haja mecanismos de defesa para assim protegê-lo em suas relações de consumo. Devido a essa necessidade, criou-se o CDC para garantir que os direitos do Consumidor fossem assegurados, e suas relações protegidas. Segundo Bittar (2011, p. 6):

*[...] O sistema do Direito do Consumidor procura resguardar a vida, a saúde e a segurança do consumidor contra riscos decorrentes de fornecimento de bens e de serviços perigosos ou nocivos, e, de outro lado, intenta preservar os seus interesses econômicos, assegurando-lhe contratação justa e adequada e obviando práticas abusivas.*

Com isso, surgiu um novo conflito, pois ao se criar uma norma que regule as relações de consumo, o Estado acaba intervindo de certa forma na economia, e essa intervenção no final do século XX estava sendo combatida, pois se achava que a economia devia ser dirigida pela própria força produtiva, como acontece nos países de primeiro mundo, porém segundo Pereira (2006, p. 7) “o que acontece de verdade em países do Primeiro mundo é a preocupação frequente, também quando a matéria é relação de consumo, com os destinatários finais [...]”.

Esta preocupação em relação aos destinatários finais, em haver um equilíbrio entre produtos, serviços e consumidor não existe nos países

em desenvolvimento, e com isso a proteção ao consumidor por parte do Estado é fundamental para que o consumidor e fornecedor fiquem em um mesmo patamar.

A vulnerabilidade do consumidor não afeta somente o indivíduo, mais sim toda a ordem econômica, “[...] a proteção do consumidor é matéria de importância vital para a economia.” (PEREIRA, 2006, p. 10)

Por esse outro motivo a criação do CDC foi tão necessária e importante, com a revolução industrial, as desigualdades entre consumidor e produtor ficou tão grande, que a vulnerabilidade do consumidor, colocaria em risco todo o sistema econômico. Por isso, ao se falar em defesa do consumidor, não se fala da simples defesa do indivíduo, mas sim da defesa de toda a ordem econômica, pois “o Código do Consumidor deve ser encarado como parte da política econômica que visa proteger o elo mais fraco da corrente”. (PEREIRA, 2006, p. 10)

Para Cavalieri Filho (2011, p.7), “à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido, praticamente eliminado, desta forma houve o desequilíbrio, que gerou a vulnerabilidade tríplice, que é a vulnerabilidade fática, técnica e jurídica, com isso foi-se necessário que se cria um código que elimina-se o desequilíbrio para que consumidor possa atuar no mercado tendo ciência de seus direitos, com a informação e garantia de que será tutelado, caso seja necessário.

Com as mudanças vividas no ultimo século, a sociedade mudou de tal forma que foi necessário garantir os direitos dos consumidores, pois eles são a parte maior e principal da relação de consumo, mesmo não sendo valorizada pelos fornecedores.

Mesmos nos dias atuais, com toda a evolução e criação de uma legislação que proteja o consumidor, ainda os consumidores encontram uma grande dificuldade em ir contra os fornecedores, com todas essas dificuldades os fornecedores continuam praticando abusividades em face do consumidor.

Ao definir a natureza do Direito do Consumidor autores se dividem. Eis que, para alguns, as regras jurídicas reguladoras das novas relações de consumo constituem um Direito Social, para outros, o regime consumerista pode ser visto como uma ramificação do Direito Civil, também vinculado ao Direito Empresarial, Constitucional, Penal, Administrativo etc. e referido mais à proteção dos direitos coletivos do que

aos individuais, por ser o resultado das conquistas obtidas dentro das lutas de classes sociais. A doutrina consumerista é pacífica em aceitar que o CDC é norma de ordem pública. Assim, “as normas contidas no CDC são de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes” (GARCIA, 2010, p. 8). Destaca-se, nesse sentido, que o STJ já se manifestou:

*“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. DERROGAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL. O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros de lei (...)” (STJ, Resp. 292942/MG, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 07/05/2001)*

A primeira questão a ser destacada é o sentido humanístico implícito no princípio da dignidade da pessoa humana como bem intangível. “Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado realize positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores que, como vimos é um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo”. (MARQUES, 2010, p. 30)

Por conta da natureza difusa do Direito do Consumidor alguns autores apontam seu caráter social (é Direito Social), a sua origem privada ou privatista (é uma continuação do Direito Civil e, mais especificamente do Direito Empresarial), ou tem origem constitucional etc. Mas, verdadeiramente, as normas contidas no CDC são de ordem pública e interesse social. Diz-se de um direito fundamental (de 3ª terceira geração), direito humano de nova geração, social e econômico. (GARCIA, 2010, p. 8)

Diz-se da defesa dos direitos ou interesses legítimos individuais, mas também coletivo e social típico das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar e subjetivamente especial. Trata-se, conforme diretrizes da ONU, de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações frente aos fornecedores de produtos e serviços que nesta posição são experts, fortes ou em posição de poder. (MARQUES, 2010)

Podemos afirmar, então, que o regime jurídico consumerista respeita a hierarquia constitucional, assim “a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea, impossível de ser suprimida ou restringida pelo legislador”. (GARCIA, 2010, p. 11)

Em suma, considera-se ser um ramo de direito tutelar, “social”, difuso e coletivo que, evidentemente, guarda relação com outros ramos e disciplinas, fundamentalmente com o Direito Constitucional, o Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual. Portanto, consideramos que a sua natureza difusa.

Pois bem, o Direito do Consumidor tem como matéria ou assunto a tutela dos interesses próprios dos sujeitos que participam da relação consumerista: fornecedor – consumidor, tentando, assim, minimizar as desigualdades, inibir as agressões e os abusos dos quais o consumidor é vítima, mas também definir as causas excludentes de responsabilidade procurando, com isso, restabelecer a boa-fé e o equilíbrio contratual na relação de consumo.

Assim, insiste-se na ideia de que o Direito do Consumidor desempenha um papel decisivo na nova regulamentação das relações jurídicas surgidas da contratação em massa. Este Direito, tão especial, nos dias atuais se apresenta como resultado do movimento internacional de defesa do consumidor, que começou a se fazer sentir em todo o mundo.

Em verdade, o Direito das Relações de Consumo se assenta no CDC: “regulamento de alta proteção ao consumidor nas sociedades capitalista contemporânea, com regras específicas muito bem colocadas e que acaba gerando toda a sorte de dificuldade de interpretação das questões contratuais, da responsabilidade, da informação, da publicidade, do controle in abstracto das cláusulas contratuais, das ações coletivas, enfim, literalmente de tudo o que está por ele estabelecido”. (NUNES, 2011, p. 39-40)

Decerto, para satisfazer suas necessidades, os cidadãos necessitam estabelecer relações contratuais. Esses contratos têm como causa as atividades relacionadas com a criação – denominada trabalho –, que pressupõe o desenvolvimento.

É ponto pacífico que, o trabalho como atividade humana permite que o homem se aproprie das riquezas das coisas que brinda a na-

tureza, para transformá-las em bens e satisfazer, desta maneira, suas necessidades. O processo de trabalho inclui a atividade racional do homem, pela qual se transmitem as mercadorias desde o produtor ao consumidor, desde o proprietário ao proprietário ou possuidor, e se obtém os serviços em geral. Portanto, utiliza-se o contrato de consumo como uma instituição econômica e jurídica que se manifesta em todas as esferas da atividade socioeconômica e mais ainda, na atividade artística, profissional, industrial e trabalhista.

Já, quanto aos objetivos: o tólos, a teleologia ou o para que do Direito do Consumidor? e, de acordo com a opinião comum dos doutrinadores considera-se que o direito do Consumidor tem por finalidade tentar minimizar as desigualdades socioeconômicas e jurídicas existentes entre o fornecedor e o consumidor e inibir e sancionar as agressões e abusos dos quais o consumidor é vítima, procurando, com isso, restabelecer um equilíbrio contratual na relação de consumo.

Quero dizer, com isso, que a abordagem dos diversos temas vinculados ao Direito do Consumidor nos permite avaliar o nível de profundidade e atualidade com que se vem tratando do assunto na comunidade jurídica nacional e internacional. No entanto, qualquer enfoque histórico ou legislativo sobre o Direito do Consumidor nos introduz no mundo heterogêneo de suas regras e no importante estudo das regulamentações estabelecidas pelos legisladores na maioria dos países; portanto, a nosso ver, é meritório ressaltar os benefícios que qualquer estudo científico, desenvolvido sobre o assunto, brinda ao ordenamento jurídico internacional.

A nosso ver, todo ensinamento do regime jurídico consumerista, em princípio, há de servir para:

Primeiro, possibilitar a compreensão objetiva da evolução e o desenvolvimento deste importante direito (Direito do Consumidor);

Segundo, verificar o nível de aproximação e diferenças existentes entre o Direito privado e o Direito do Consumidor;

Terceiro, avaliar a concretização ou efetiva proteção das complexas relações de consumo;

Quarto, contribuir para a resolução dos conflitos que de tais relações se derivam.

Em suma, o estudo da disciplina e a apreensão do seu regime jurídico nos permite compreender, primeiro, as bases ou estrutura do consumo em massa (objeto) e, segundo, a necessidade da sua proteção (objetivos) como resultado do efeito negativo da produção seriada, própria da sociedade capitalista contemporânea.

#### 4. PRATICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

Definem-se as práticas abusivas como sendo um conjunto de ações desenvolvidas pelos fornecedores em desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. Trata-se, pois, de um conjunto de atividades que, por serem enganosas, tornam-se abusivas e ferindo as bases (fundamentos) da ordem jurídica (a boa-fé e os bons costumes). Assim, por exemplo, a prática abusiva seria gênero e a publicidade abusiva a espécie. Todavia, a prática abusiva não se confunde com a concorrência desleal. A primeira dá-se no plano vertical (relação fornecedor – consumidor), a segunda no plano horizontal (relação fornecedor – fornecedor). (BENJAMIN, 2010, p. 251-252)

Como se pode observar, a prática abusiva dá-se pelo uso inadequado ou negativo das práticas comerciais, isto é, dos mecanismos, técnicas e métodos pós-produção de colocação de produtos e serviços no mercado. Como bem afirma o Herman Benjamin (2004, p. 242), nelas estão incluídas: o marketing (ofertas, promoções, condições de negociações, publicidade etc.), as garantias, os serviços pós-venda, os arquivos de consumo e as cobranças de dívidas. Contudo, as práticas comerciais abusivas são condutas desleais que acarretam vantagens desproporcionais em favor do fornecedor, as quais desestabilizam a harmonização e o equilíbrio dos interesses dos participantes nas relações consumeristas (consumidor e fornecedor de produtos e serviços), princípio basilar da Política Nacional das Relações de Consumo, insertas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, do CDC).

As práticas abusivas são, conforme explica Rizzatto Nunes (2005, p. 512):

*ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado". Assim, por exemplo, mesmo que o consumidor fique satisfeito por ter recebido em casa um cartão de crédito sem ter pedido, essa aceitação não elide a abusividade da prática.*

Diz-se, assim, do abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular. (NUNES, 2005, p. 510)

Em suma, nas relações de consumo há muitas formas de abusos praticados por fornecedores de produtos e serviços e que geram dano moral. As práticas abusivas, em geral, são prescritas no artigo 39, 40 e 41 do CDC. Elas podem ser classificadas da seguinte maneira: a) pré-contratuais e; b) pós-contratuais. Vejamos.

#### **4.1 Práticas abusivas pré-contratuais**

As práticas abusivas pré-contratuais, como sua denominação indica, são aquelas praticadas (originadas) muito antes da existência de um contrato (consentimento contratual) e estão implícitas na oferta vinculante que também irá ser estudada nesta obra. Vejamos alguns exemplos.

a. Venda casada: Condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (Artigo 39, I do CDC).

Observação: Com a venda casada, o fornecedor geralmente almeja promover a venda de outro produto ou serviço que não solicitados pelo consumidor. Direcionando, assim, a venda de um determinado produto ou serviços principais como sendo acessórios à venda principal. Entende-se que, por meio desta prática, ferem-se os seguintes direitos: liberdade de escolha e igualdade nas contratações. (Veja-se, art. 6º, II)

Como exemplos de venda casada citam-se os seguintes: a) adquirir cartão de crédito como condição para contratar um empréstimo pessoal etc.; b) condicionar a contratação de serviço de instalação e montagem de bem adquiridos em lojas etc.

b. Recusa de atendimento: Recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes (Artigo 39, II do CDC). Exemplos a recusa de atendimento indevida e injusta de hospital ou plano de saúde.

c. Entrega sem solicitação do consumidor: Enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou



fornecer qualquer serviço (Artigo 39, III do CDC). Exemplo: envio de cartão de crédito não solicitado pelo consumidor.

d. Excepcional vulnerabilidade: Prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (Artigo 39, IV do CDC). Exemplo: a empresa que direciona seus produtos a moradores ou grupos de pessoas com capacidade limitada, crianças, idosos ou deficientes que notoriamente são incapazes de calcular os prejuízos que parcelas e juros podem vir a acarretar.

e. Normas técnicas: Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro) (Artigo 39, VIII do CDC). Exemplo: produtos oferecidos sem a devida observância das normas técnicas ou, ainda, em teste.

f. Recusa da venda: Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (Artigo 39, IX do CDC);

g. Elevação de preços: Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (Artigo 39, X do CDC).

h. A não entrega prévia de orçamento: “o fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços”. (Artigo 40 do CDC).

i. Desrespeito e inobservância de preços tabelados: “no caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso,

monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”. (Artigo 41 do CDC).

j. Publicidade abusiva e discriminatória: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. (Artigo 37, § 2º)

- **Publicidade enganosa**, aquela capaz de induzir o consumidor a erros. Ela pode ser comissiva, quando afirma algo que, na verdade, não é, ou omissiva, quando não informa sobre algo fundamental (essencial) do produto ou serviço.
- **Publicidade abusiva**, aquela que fere a vulnerabilidade do consumidor, podendo ser até mesmo verdadeira, mas que, pelos seus elementos ou circunstâncias, ofendem valores básicos de toda a sociedade (ex. discriminação, violência, que explora o medo ou a superstição, a antiambiental, a indutora de insegurança, a que se aproveita da hipossuficiência da criança etc).

#### 4.2 Práticas abusivas contratuais

Vejamos, a seguir, algumas hipóteses de práticas abusivas contratuais:

a. Não fixação de prazos para o cumprimento das obrigações: deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Artigo 39, XII do CDC);

b. As hipóteses de nulidade inseridas no artigo 51 do CDC. A saber, cláusulas contratuais que:

- impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade

do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

- subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- transfiram responsabilidades a terceiros;
- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

- estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

- I. ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II. restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III. se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

### **4.3 Práticas abusivas pós-contratuais**

Pós-contratuais são aquelas práticas surgidas após se concretizar o contrato. Exemplos:

Vantagem excessiva: Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (Artigo 39, V do CDC);

a. Orçamento prévio: Executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (Artigo 39, VI do CDC);

b. Informação depreciativa: Repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus

direitos (Artigo 39, VII do CDC);

c. Falta de prazo: Deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (Artigo 39, XII do CDC);

d. Reajuste de preços: Aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (Artigo 39, XIII do CDC).

e. Exposição a ridículo do consumidor na cobrança de débitos: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. (Artigo 42 do CDC)

f. Falta de peças de reposição: Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. (Artigo 32 do CDC)

g. Cobrança de quantia indevida: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. (Artigo 42, parágrafo único do CDC)

Além de sanções administrativas (por exemplo, cassação de licença, interdição e suspensão de atividade, intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII), as práticas abusivas engendram o dever de reparar, originando a indenização pelos danos causados, inclusive os morais. Conforme art. 6º, é direito básico do consumidor VII: o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

O CDC traz expressamente em seu artigo 39, um rol exemplificativo de práticas abusivas, ou seja, não trata de todas as práticas que são consideradas abusivas:

*Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

*I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;*

*II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;*

*III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;*

*IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;*

*V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;*

*VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;*

*VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;*

*VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);*

*IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;*

*X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;*

*XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999;*

*XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;*

*XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.)*

Já na parte doutrinária há uma ligação entre a prática de atos abusivos com a teoria do abuso do direito, regulamentada no Código Civil de 2002, no artigo 187: “Também comete ato ilícito 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.” (LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.)

## **5. CONFLITOS DERIVADOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Define-se o termo “conflito” como o choque (ou colisão) de interesses que se origina na relação de consumo. Se por um lado, o interesse principal do fornecedor (empresário) é o lucro, por outro, o interesse do consumidor é a satisfação de uma necessidade material ou espiritual, por meio do consumo. Vemos assim, o Conflito de interesses: “Lucros” versus “Necessidade (Consumo)” como a causa principal dos conflitos.

Os conflitos jurídicos geralmente têm como causa as injustiças cometidas contra os consumidores, e deles derivam-se reclamações por razão dos preços, da qualidade, da forma e do lugar de entrega e demais condições não-cumpridas no contrato que geram danos para os consumidores.

Considerarmos o consumo como a última fase do processo de produção que gera direitos e deveres, cuja via de existência é o conjunto de relações que se constituem entre o produtor e o consumidor, a partir das próprias necessidades sociais e da distribuição dos bens materiais. Em verdade, a atividade de consumo repercute na comercialização dos produtos, momento em que os cidadãos procuram adquirir

bens ou serviços com o objetivo de satisfazer suas necessidades. Assim, estabelecem-se relações contratuais das quais surgem conflitos muitas vezes não resolvidos pelo Direito vigente.

Dessa maneira, Víctor Hugo Lares Romero (1991, p. 24), ao se referir aos conflitos jurídicos derivados das relações de consumo, observa que “pode-se afirmar que os abusos dos que o consumidor é vítima têm tido sua origem no sistema da livre concorrência, onde os conflitos nascidos de tais relações não encontram solução de acordo com as regras jurídicas tradicionais”.

Dentre as causas que geram conflitos jurídicos na relação fornecedor - consumidor podemos destacar a falta de escolha (vontade limitada) dos consumidores, quando estes são obrigados a adquirir um produto não desejado com outros desejados, ou quando algumas das cláusulas (abusivas) já estão preestabelecidas e não existe possibilidade de decisão sobre elas.

A mesma coisa em relação à fraude, é perniciosa a ausência de garantia, a falta de informação ou a informação enganosa, mediante a qual o produtor (fornecedor) tem como objetivo demonstrar a boa qualidade de seus produtos e serviços e não garantir a informação para fazer pública as deficiências, defeitos ou inconvenientes que possam se apresentar na aquisição de tais produtos ou serviços, questão que coloca em estado desfavorável aos consumidores.

## **5.1 Para uma tipologia de conflitos**

Os conflitos nascidos da relação de consumo aparecem nas suas diversas fases, a saber:

- a. Pré-contratual, fase onde podem acontecer as diversas ações ou as omissões cometidas pelo fornecedor, também chamadas de práticas abusivas: ex. envio de um cartão de crédito não solicitado.
- b. Contratual, onde se originam da compra ou contratação de produto e serviços (ex. a existência de cláusulas que exoneram a responsabilidade do fornecedor derivada da venda de alimentos, brinquedos, veículos ou da contratação de serviços).
- c. Pós-contratual, aquela da qual resulta a negação de direitos derivados dos contratos consumidores (ex. falta de peças de



reposição e demais consequências inesperadas que resultam do serviço de saúde, transporte etc.).

Inúmeros são os conflitos jurídicos surgidos da relação de consumo. Assim, por exemplo, podemos citar aqueles surgidos das agressões contra a saúde do consumidor, gerados, maiormente, pela falta de informação ou pela desinformação, de parte do fornecedor, ao colocar seus produtos no mercado.

Alguns doutrinadores destacam diversos exemplos de ações ou de omissões das quais o consumidor pode ser vítima. Um dos exemplos mais chocantes na história da sociedade de consumo, especificamente norte-americana é aquele que diz da irresponsabilidade do Laboratório Merrell Company acontecido no final da década de 50, quando ao lançar ao mercado um novo sedativo “talidomida”, sem fazer referência às restrições para o caso das mulheres gestantes, provocou a afetação de mais de 10 mil bebês em mais de 20 países. (RIOS, 1994, p. 12)

A publicidade enganosa por omissão é uma das causas mais significativas dos prejuízos ocasionados aos consumidores. Igualmente, dentre as injustiças derivadas das relações de consumo coloca-se, também, a questão dos preços elevados.

As reclamações mais frequentes referem-se à falta de qualidade dos serviços prestados fundamentalmente pelas operadoras ou companhias telefônicas, assim como inúmeros casos de prazos de validade vencidos em alimentos e medicamentos colocados no mercado de consumo etc.

Outros casos não menos importantes são divulgados pelos Procons. Mas, pensamos os mais alarmantes são aqueles relacionados ao sistema nacional de saúde: a venda de medicamentos falsificados, o exercício ilícito da profissão médica, importação e venda de produtos de péssima qualidade etc.

Contudo, para melhor compreender essa problemática, vejamos-se as estatísticas publicadas anualmente pelo Procon (dados sobre o atendimento) nas diversas áreas das quais também resultam diversas reclamações.

## **6. A EFETIVIDADE DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO**

O CDC e o código civil dialogam diretamente na produção da efetividade fática e na internalização das leis que conferem proteção e confiança nas relações de consumo, de modo abarcar relações individuais e coletivas para harmonizar e mediar conflitos.

O direito se fundamenta na premissa de garantir a paz social a partir dos âmbitos sociais, culturais, políticos, econômicos e jurídicos. Este princípio primeiro que estrutura o Direito é complementado pelos pilares mantenedores do código civil que são a Eticidade, a Solidariedade, a Operabilidade e a Concretude que são projetados diretamente no CDC.

A eticidade nos diz que toda relação privada deve ser pautada pela ética entre as partes, este fundamento estabelece regras de conduta moral para a vida pessoal e em coletividade. Prevê este instituto que o indivíduo seja probo em suas ações, este pilar visa à dignidade da pessoa humana de maneira que sejam reconhecidas qualidades, ou seja, com a internalização de valores morais como a honestidade, justiça, lealdade e a solidariedade que se exteriorizam do sujeito e afetam de forma positiva a vida coletiva. Consequentemente a eticidade caminha junto com a boa fé objetiva que no campo das atitudes práticas se torna um comportamento valorizado entre as partes no Direito Civil e no CDC.

A Solidariedade da qual deriva a função social que objetiva dar as obrigações uma finalidade de modo que os contratos celebrados sejam bons para as partes, onde interesses individuais estejam em conformidade com interesses sociais o que é uma realidade nas relações consumeristas.

A operabilidade que nada mais é do que a facilidade que se tem hoje na acessibilidade e manuseio dos códigos para encontrar determinados institutos, e a concretude que permite análise do caso concreto para promoção da justiça.

Os institutos civis supracitados colaboram para a uma defesa fática dos consumidores reconhecendo a conjugação de interesses dialéticos das relações individuais e coletivas, de modo que juntos e presente no CDC permitem que as pessoas tenham conhecimento das leis e reajam na condição de consumidores ou representadas e se tornem legitimados a exigirem seus direitos do Estado.

Deve-se concordar com que as normas consumeristas brasileiras são tecnicamente bem elaboradas, oferecendo resposta para cada

situação e consequências para cada conflito. Porém, os conflitos existem, pois são consequências das inúmeras práticas abusivas oriundas da falta de consciência jurídica e consumerista, importando assim, a educação e a informação dos sujeitos que participam desta importante relação: fornecedores e consumidores.

## **7. A EDUCAÇÃO E A INFORMAÇÃO COMO DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR**

Direitos básicos dos consumidores são aqueles interesses mínimos, materiais ou instrumentais, relacionados a direitos fundamentais universalmente consagrados que, diante da sua relevância social e econômica, pretendeu o legislador ver expressamente tutelados: são, pois, as linhas mestras do ideal a ser seguido na proteção físicas, psíquicas e econômicas dos consumidores, bem como de certas garantias instrumentais mínimas, capazes de conferir efetividade à tutela jurídica do consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82)

Se de um lado, continuo o citado autor, a legislação prevê direitos básicos para os consumidores, de outro, cria deveres igualmente básicos para os fornecedores. E mais. Não precisa o consumidor cobrar do fornecedor o cumprimento de sua obrigação legal. Ao contrário, a posição do consumidor, agora, é bastante confortável, já que, ainda que desconheça os seus direitos, mesmo assim tem o fornecedor o dever de agir conforme determina a lei. Por exemplo, mesmo que o consumidor pudesse desconhecer o seu direito básico à proteção de sua vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, ainda assim, tem o fornecedor o dever de respeitá-lo, sob pena de responsabilidade. O mesmo raciocínio vale para todos os demais direitos básicos. O espírito da lei não é privilegiar o consumidor, mas, sim, dotá-lo de recursos materiais e instrumentais que o coloquem em posição de equivalência com o fornecedor, visando ao equilíbrio e à harmonia da relação de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 84)

São, conforme a doutrina nacional, direitos básicos do consumidor consagrados no art. 6º do CDC. Vejamos.

*Dos Direitos Básicos do Consumidor*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

*I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*

*II - a **educação** e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;*

*III - a **informação** adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

*IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;*

*V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*

*VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

*VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;*

*VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;*

*IX – (Vetado);*

*X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. (Grifo nosso)*

Como prescrito no parágrafo único do artigo 7º do próprio código tais direitos não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

É preciso, contudo, estudar cada direito separadamente. Pois bem, tratemos, então do assunto:

a. Vida, saúde e segurança. Assegurar a proteção de tais direito é assegurar a realização de valores supremos do ser humano. Diz-se dos direitos mais básicos e mais importantes dos direitos do consumidor, “ainda mais tendo em vista que nossa sociedade é uma sociedade de risco, muitos produtos, muitos serviços e mesmo práticas comerciais são efetivamente perigosas e danosas para os consumidores”. (BENJAMIN, 2010, p. 67)

Trata-se de direitos básicos também prescritos nos artigos 8º a 17 do CDC, como, conteúdo que será devidamente estudado na segunda parte deste curso. Vê-se a proteção do valor Vida que abrangem a segurança e a saúde contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, como o primeiro direito derivado da relação de consumo.

b. Liberdade de escolha. Assegurar a liberdade de escolha é assegurar que o consumidor possa decidir perante as técnicas de vendas agressivas constantemente usadas no mercado de consumo. Vê-se, igualmente, esse direito inserido na proteção pré-contratual (art. 30) e contratual (art. 46 e SS.). Resultado da educação (eu digo: consciência) e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços.

A educação para o consumo também é um direito básico do consumidor que objetiva, assegurar a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

c. Informação. Diz-se de um direito básico correlacionado ao princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I) e a necessidade da presença do Estado no mercado para proteger os sujeitos de direito (art. 4º, II). Precisa-se, logo, da informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com

especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos.

Diz-se da oportunidade de o consumidor de conhecer o contrato previamente, ficando o fornecedor obrigado a fazê-lo, antecipadamente e com absoluta transparência. Desta forma, cabe ao fornecedor dar cabal informação sobre o produto ou serviço.

Contudo, junto à obrigação pré-contratual de informar adequadamente sobre os bens colocados no mercado (art. 6º, III, e art. 31), os contratos não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo ou se estiverem redigidos de forma complicada (art. 46. Ademais, os contratos de adesão devem possuir palavras claras e letras legíveis (tamanho 12), de modo a facilitar a compreensão do seu conteúdo pelo consumidor. As cláusulas que imponham obrigações ao consumidor devem ser regidas com destaque (art. 54, § 4º). (BENJAMIN, 2010, p. 317)

#### **CDC:**

*Artigo 6º São direitos básicos do consumidor:*

(...)

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

(...)

*Artigo 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (Grifo nosso)*

*Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos*

*de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (Grifo nosso)*

*Art. 54. (...)*

*§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Grifo nosso)*

*§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.*

*(...) (Grifo nosso)*

Desta forma, cláusulas impositivas de obrigações devem ser destacadas. Assim, sendo, o legislador prescreveu a possibilidade de considerar nulas (nulidade absoluta ou de pleno direito) as cláusulas que agridam os direitos do consumidor e outros bens juridicamente protegidos. Vejamos.

#### **CDC:**

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

*I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;*

*II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*

*III - transfiram responsabilidades a terceiros;*

*IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem*

*exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

*V - (Vetado);*

*VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;*

*VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;*

*VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;*

*IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;*

*X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;*

*XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;*

*XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;*

*XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;*

*XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;*

*XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;*

*XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.*

*§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:*



*I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*

*II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*

*III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

*§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*

*§ 3º (Vetado).*

*§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.*

Desta forma, o juiz, ao analisar o contrato de consumo, pode negar eficácia a algumas dessas cláusulas. (BENJAMIN, Rt, 2010, p. 317)

Quanto às práticas comerciais determinam-se regras, especificamente para equiparar (igualar) os consumidores e a toda pessoa exposta a esta prática.

A partir do artigo 31 (norma de tipo operativa), estabelecem-se requisitos que têm de ser cumpridos para facilitar a execução dos atos jurídicos (contratos de consumo) e evitar maiores prejuízos para os consumidores.

A oferta de produtos ou serviços, por exemplo, devem assegurar informações corretas, claras, precisas, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados; assim como sobre os riscos que apresentam para a saúde e a segurança dos consumidores.

Diz-se dos métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

As cláusulas abusivas são aquelas previstas no art. 51, com XVI incisos exemplificativos. Produzem nulidade absoluta, sendo imprescritível o prazo para o pedido judicial de sua anulação. São elas:

- a. as cláusulas que autorizem o fornecedor a não indenizar em caso de vício ou defeito;
- b. a subtração ao consumidor do direito de reembolso das quantias pagas;
- c. a transferência de responsabilidade a terceiros;
- d. as obrigações iníquas e vantagem exagerada para o fornecedor;
- e. a incompatibilidade com a boa fé e com a equidade;
- f. a inversão do ônus da prova em favor do fornecedor;
- g. as que imponham arbitragem compulsória;
- h. as que imponham representante do consumidor, dentre os funcionários do fornecedor;
- i. as que deem opção ao fornecedor em concluir o negócio;
- j. as que estabeleçam possibilidade de alteração unilateral do preço, pelo fornecedor;
- k. as que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente;
- l. as que estabeleçam ressarcimento unilateral do custo de cobrança;
- m. a modificação unilateral do contrato pelo fornecedor;

- n. as que violem normas ambientais;
- o. as que estejam em desacordo com o sistema do consumidor;
- p. as que estabeleçam renúncia à indenização por benfeitorias.

Vê-se, assim, o caráter aberto e exemplificativo do art. 51. A sanção para as cláusulas abusivas no CDC é indicada expressamente ao se prescrever a nulidade de pleno direito no próprio artigo 51.

Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cesse a fabricação ou importação do produto. Cessando a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo.

Quanto à oferta ou à venda por telefone ou reembolso postal, devem constar tanto o nome do fabricante como o seu endereço na embalagem, na publicidade, etc.

Quem oferece serviços são solidariamente responsáveis pelos atos de seus representantes autônomos. No caso de inadimplemento o consumidor poderá escolher livremente entre:

- a. exigir o cumprimento forçoso da obrigação, nos termos da oferta;
- b. aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- c. rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente, as perdas e danos.

Uma vez aprovada pelo consumidor, a oferta obriga os contratantes e só pode ser alterada mediante livre negociação. O consumidor não responde por qualquer gravame nascente da contratação de serviços de terceiros não previstos na oferta. No caso em que sejam oferecidos produtos ou serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelas de preços, deverão ser respeitados os limites oficiais, em caso contrário responder-se-á pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, a sua escolha, a resolução do negócio, sem prejuízo de outras sanções.

- d. Transparência e boa-fé. Proíbe-se o abuso de direito e

prescreve-se a transparência e a boa-fé como direitos dos consumidores que realmente, são princípios que balizam as relações de consumo. Assim, tais princípios e direitos objetivam a proteção contra a publicidade enganosa ou desleal, bem como contra práticas e cláusulas aos produtos e serviços.

A publicidade deve ser executada de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, possa identificá-la; portanto, quem oferta um serviço deve manter em seu poder, para a informação dos legítimos interessados, os dados técnicos e científicos que sustentam a mensagem.

Por sua vez, quem oferece o serviço está obrigado a entregar ao consumidor a descrição prévia, do valor da mão de obra, dos materiais e dos equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, a data de início e término dos serviços. Salvo estipulação em contrário, o valor apresentado (oferta) terá validade por um prazo de dez dias, contados a partir de seu recebimento pelo consumidor.

e. Proteção contratual. Diz-se da possibilidade de modificação das cláusulas contrárias aos atos que se tornem excessivamente onerosas (a revisão por onerosidade excessiva): o direito à revisão contratual “por quebra da base do negócio, em face de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. (BENJAMIN, 2010, p. 70)

O legislador brasileiro igualmente decidiu regram a proteção contratual e atenuar as consequências negativas e desvantajosas que gera a adesão para o consumidor, regulamentando a maneira que têm de ser interpretadas as cláusulas nestes tipos de contratos, estabelecendo-se nos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor que os contratos regulamentadores de relações de consumo não obrigam aos consumidores se não lhes dá oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos dificultam a compreensão de seu sentido e alcance.

As cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor segundo se estabelece no art. 47 do próprio Código: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Note-se aqui uma regra própria da hermenêutica jurídica com a qual se possibilita a interpretação e aplicação do direito.

f. Prevenção e reparação de danos morais e materiais. Assegura-se o direito à prevenção e reparação de danos aos consumidores, possível pela desconsideração da personalidade jurídica, permitindo-se “a quebra de dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios” (BENJAMIN, 2010, p. 70), conforme prescrito no artigo 28 do CDC. Importa aqui refletir acerca da existência de uma efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Mediante normas de ordem pública atribuem-se faculdades aos juízes, pelas quais poderão desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades, quando em detrimento do consumidor existir abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social.

g. Acesso à justiça e inversão do ônus da prova. Assegurar o acesso à justiça é assegurar a inclusão social e jurídica, isto é, assegurar o “acesso à justiça e aos órgãos administrativos em geral, inclusive às agências que controlam os serviços ex-públicos e aos órgãos de defesa do consumidor, Procons etc., sempre com vistas à prevenção e reparação de danos, individuais e coletivos, aos consumidores” (BENJAMIN, 2010, p. 74). Fala-se, todavia, da defesa dos direitos, inclusive com a inversão da carga da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, e segundo as regras ordinárias de experiência, perante a impossibilidade evidente de poder provar ou de se tornar custoso e difícil para o consumidor hipossuficiente.

As condições de vulnerabilidade e (ou) hipossuficiência permitem e autorizam a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, no processo civil, conforme critério do juiz.

Consideram-se nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. (Veja-se artigo 51, IV)

A disciplina relativa ao ônus processual é contida no art. 333 do CPC e nos artigos 6º, VIII, e 38 do CDC.

Conforme o artigo 333 do CPC se prescreve ser ônus do autor a prova de fatos constitutivos do seu direito e, de outro lado, ônus do réu a demonstração de existência de fato impeditivo, modificativo ou

extintivo do direito do autor. O parágrafo único e os dois incisos do art. 333 possibilitam que as partes, por meio de disposição contratual, distribuam de maneira diversa o ônus da prova, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Já no CDC, artigo 6º, VIII inclui-se como um direito básico do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Igualmente, conforme o artigo 38 do citado texto legal: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Conclui-se que a inversão do ônus da prova estabelecida no CDC não pode ser alterada por disposição contratual, até porque, as normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art. 1º) e, portanto, inafastáveis por acordo de vontade entre consumidor e fornecedor. (BENJAMIN, 2010, p. 347)

Todavia, além da inversão do ônus da prova, fala-se do protecionismo do consumidor prescrito na regra de hermenêutica contida no art. 47 que estabelece: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

h. Serviços públicos adequados e eficazes. Diz-se de um direito, também prescrito no art. 22 do CDC e, também ligado ao princípio de “eficiência” constitucionalmente reconhecido no art. 37 da CF.

Quanto à eficácia na prestação dos serviços públicos, deve-se conferir por analogia o estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal. Vale, igualmente, fazer uma remissão à leitura da seção anterior que trata dos serviços públicos (essenciais ou não).

## **8. CONCLUSÃO**

A relação de consumo é uma relação de confiança, motivo pelo qual as partes devem ter consciência do papel que desempenha no plano das relações socioeconômicas.

Mas, infelizmente, contamos com a triste realidade, onde os consumidores, situados numa relação de desigualdade, sofrem agressões

diversas a seus direitos e nem sempre contam como as informações adequadas para a defesa dos seus direitos.

Deserto que, o CDC veio para tentar apaziguar essa desigualdade de poder, ao criar normas que proibam determinadas praticas no mercado de consumo. Porém, nem sempre consegue blindar o consumidor contra elas.

Sabe-se, todavia, que os fornecedores, de forma voluntária e premeditada desenvolvem práticas comerciais que se sabem abusivas por agredir os direitos dos consumidores consagrados na Constituição Federal e no CDC e, na maioria das vezes, atribuem a culpa na economia, na competitividade do mercado, dentre outras alegações das quais disfarçam essas práticas, fazendo assim com que o consumidor seja levado ao erro e, muitas vezes geram prejuízos ao seu patrimônio.

As práticas comerciais abusivas são imorais e opressoras, indo contra os padrões de ética da sociedade, vale ressaltar que as mesmas não necessariamente têm que produzir um dano para serem consideradas abusivas. A partir da constatação que o titular de um direito subjetivo pode fazer abuso do mesmo durante o seu exercício, levou o legislador a classificar algumas práticas como abusivas.

Importa, assim, a educação dos fornecedores, uma educação que possibilite a edificação moral e a conseqüente informação dos consumidores sobre as empresas maiormente reclamadas, possibilitando, com isso a tomada de consciência consumerista em face da não contratação de serviços e produtos dos fornecedores infratores.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 242.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Rt, 2010, p. 251-252.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor: Código defesa do consumidor. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense. Rio de Janeiro, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto n. 2.181/97. 6. Ed. Ver., ampl. Pelas Leis 11.989/2009 e 12.039/2009. Niterói: Ímpetus, 2010.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio. Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Rt, 2012.

LARES Romero, Victor Hugo. El Derecho de Protección a los Consumidores en México. Universidad Autónoma Metropolitana. Azcapotzalco, México, D. F., 1991.

MARTINS, Plínio Lacerda. O Abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Forence, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Rt, 2010, p. 29-31.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 6. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Nilton Nunes. O Código de defesa do consumidor e as operações financeiras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIOS, Josué, Marilena Lazzarini, Vidal Serrano Jr. O que é Defesa do consumidor. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROSCOE BESA, Leonardo. Proteção Contratual. In BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Rt, 2010.

SERRANO, Pablo Jiménez. Direito do Consumidor: sentido, alcance e efetividade (livro eletrônico), editora Jurismestre, Rio de Janeiro, 2015.





# AS MINORIAS E EXCLUÍDOS NO ESTADO BRASILEIRO

<sup>1</sup>Cleide Meire Miranda Medeiros

<sup>1</sup>Elisângela de Miranda

<sup>1</sup>Isabele Silveira

<sup>1</sup>Maria Eduarda Consani

<sup>1</sup>Mariana Miranda Ribas

## RESUMO:

A pesquisa aqui exposta visa fazer uma pequena análise a respeito das minorias e excluídos no Estado Democrático Brasileiro. Para iniciar serão trazidos conceitos a respeito das minorias e dos excluídos, apresentando alguns grupos que se destacam no país e os motivos pelos quais estão dentro dessa classificação. Num segundo momento, serão apresentadas as consequências que a divisão empregada pela sociedade traz para a mesma. Será mostrado que existem leis que tutelam as minorias e os excluídos, incluindo direitos específicos para algumas delas. Malgrado tantas representações e classificações, se faz necessário aduzir teses a favor e contrárias às ações afirmativas, e a partir destas promover um debate para aventar a opinião do grupo.

## PALAVRAS-CHAVE:

Minorias. Excluídos. Ação afirmativa.

---

<sup>1</sup> Discente do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Volta Redonda, RJ.

## **1. INTRODUÇÃO**

Quando se fala em minorias, a primeira coisa que vem à cabeça é de um grupo de pessoas que está em menor número. Porém isso é o óbvio, e não é o óbvio que se precise discutir, porque não é a lógica quantitativa que embasa a conceituação das minorias. Pensar os grupos como sendo constituídos por sujeitos que tem uma determinada característica que traz identidade, que traz algo em comum a esse grupo, é o que embasa a conceituação das minorias.

Quando se fala em falta de acesso de serviços a determinados grupos, quando se fala da negação dos direitos das mulheres, está falando justamente dos grupos minoritários, aqueles que estão inseridos de forma diferenciada nas relações sociais. Ou melhor dizendo do preconceito que os envolve, sendo assim, essa é uma característica dos chamados grupos minoritários.

As minorias e os excluídos são aquelas pessoas que de alguma forma são objeto de preconceito e/ou não tem seus direitos de cidadania respeitados. De uma forma simples e geral minorias podem ser definidas como "todos os grupos sociais que são considerados

## **2. AS MINORIAS E EXCLUÍDOS DO ESTADO BRASILEIRO**

Quando se fala que existe um grupo minoritário, é porque as pessoas que compõe esse grupo estão ligadas entre si, referenciadas entre si por uma determinada característica de identidade. Então, fala-se das mulheres enquanto um grupo minoritário. Afinal de contas está falando-se de um grupo composto por mulheres. Daí estará falando de mulheres (sexo feminino). Quando se fala dos homossexuais como um grupo minoritário, estará falando de uma opção sexual que é comum as pessoas que pertencem a esse grupo, portanto, é um vínculo de identidade que faz com que essas pessoas passem pelas mesmas situações, pelas mesmas experiências, pelos mesmos preconceitos. Outro exemplo seria os negros e indígenas. As pessoas que compõe o grupo dos negros, o grupo dos índios, são pessoas que tem uma mesma base ético racial. Todos esses grupos, fora outros, são considerados grupos minoritários do estado brasileiro.

## 2.1 Negros

O racismo e mais especificamente a exclusão do negro no Brasil é uma herança da sociedade colonial. A escravidão africana instituída no Brasil perpetuou uma ideia corrente onde às tarefas braçais e subalternas são de responsabilidade dos negros. Já o homem branco, europeu, tinha como papel, liderar e conduzir as ações a serem desenvolvidas. Isso causou uma grande desigualdade social e preconceitos em relação a população negra.

Porém o racismo no Brasil veio acompanhado de um contraditório: a miscigenação. O que leva algumas pessoas a se perguntarem se têm realmente uma cultura racista. Tem gente que afirma que o mestiço definitivamente comprova que a sociedade em que vive não é racista. Ao mesmo tempo em que é demonstrado certo horror ao racismo, é admitido que vive-se em uma sociedade racista. Essa contradição demonstra que o país tem o racismo, porém este é velado, mas ainda é muito presente no dia a dia.

Apesar dos esforços e avanços na luta contra a discriminação racial, ainda há muito que fazer. Na Constituição Federal de 1988, vigente no país é colocado a discriminação racial como crime inafiançável. Além de ter nela expressa o princípio da igualdade. No Artigo 5º da constituição federal que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Porém na prática a igualdade está longe de ser a realidade. Os direitos e oportunidades não são iguais para todos. As oportunidades de emprego, o acesso à educação, infraestrutura, saúde são menores entre os negros. Isso é reflexo da discriminação que ainda tem-se no país.

## 2.2 Menores infratores

Os altos índices de violência e criminalidade é uma das questões sociais mais preocupantes do Brasil, sendo este problema agravado pela consideração do fato de que grande parte dos crimes ocorridos são protagonizados por adolescentes e até mesmo por crianças.

Discutir sobre a redução da maioridade penal tornou-se um dos assuntos mais debatidos no país. A maior parte da população se posiciona a favor da redução da maioridade penal.

Falar sobre o menor infrator, vai além do que apenas posicionar-se contra ou a favor da redução da maioria penal, pois já é de conhecimento que a maior parte das crianças e dos adolescentes que se tornam menores infratores são induzidos por adultos. O contexto social em que estes menores então inseridos, propicia a prática delitiva, a maioria dos menores infratores provém de famílias humildes, muitas vezes desestruturadas e que são abandonadas pelo poder público e pela sociedade. Entretanto, vale ressaltar de que também há casos em que o menor é amparado pelo Estado e pela sociedade, e possui uma boa estrutura familiar, e mesmo assim opta pelo crime.

Ao punir o menor delinquente a pena deve se imposto pela gravidade do seu crime, e não de modo generalizante, não há condição alguma de se pegar um menor que cometeu um delito considerado não hediondo e submetê-lo a um sistema carcerário ineficaz.

A maneira mais eficaz de se amenizar a questão do menor infrator é por meio do assistencialismo, tanto por parte do Estado e da sociedade, assegurando a essa parcela carente da população melhores condições no acesso a saúde, emprego, renda e principalmente, educação de qualidade.

A questão do menor infrator de fato diz respeito não, somente, ao Estado como também a todos os cidadãos que de modo direto ou indireto são atingidos pela violência, mas que ao mesmo tempo olham para o menino que esta vivendo na rua e não o enxerga como um ser humano que também carece de direitos e merece ter a sua dignidade preservada.

### **2.3 Deficientes**

Deficiência é todo e qualquer comprometimento que afeta a integridade física da pessoa e traz prejuízos para a sua locomoção, coordenação de movimento, fala e compreensão de informações afetando o relacionamento com as outras pessoas.

As pessoas com deficiência são vistas, geralmente, como incapazes de ter vida social por si, mesmo dando demonstrações cotidianas de suas capacidades e habilidades. Que decifram o ambiente com outras partes do corpo e não simplesmente com os olhos e ouvidos, são aqueles que leem com os dedos ou que falam com os gestos e pensam por imagens. Assim, podem namorar, estudar e trabalhar, enfim, fazer

tudo que todas as pessoas fazem, desde que garantidas às condições de acessibilidade que devem ser asseguradas para todos/as.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que os direitos humanos são direitos que valem para todo mundo, mas na prática, frequentemente estes direitos são negados às pessoas com deficiência, sejam eles direitos políticos, econômicos e/ou sociais. Uma parte significativa das pessoas com deficiência enfrenta dificuldades para locomoção, isso acontece porque os espaços públicos e privados são construídos sem levar em consideração as necessidades particulares de cada pessoa, que podem estar atravessando determinada fase na vida que pode requerer uma atenção especial, como os idosos, grávidas, crianças, entre outras.

É necessário garantir também que a legislação voltada para pessoas com necessidades especiais no âmbito da educação, tenha uma melhor adequação na formação dos profissionais que muitas vezes se encontram despreparada para atender este público. Além disso, é necessário garantir direitos ainda mais amplos como direito à saúde, ao trabalho e ao lazer. Entre estes podemos destacar: o direito a uma educação inclusiva e de qualidade, direito ao tratamento médico, psicológico e reparador, direito à segurança social econômica, ao emprego ou de participar de alguma atividade útil e remunerada, direito que suas necessidades especiais sejam incluídas no planejamento econômico social, de viver com a sua família e de participar de atividades sociais, direito de ter uma vida digna e normal como qualquer outro ser humano.

No Brasil há milhares de pessoas com algum tipo de deficiência sendo discriminadas nas comunidades em que vivem ou sendo excluídas do mercado de trabalho. Há normas que obrigam empresas a contratarem pessoas portadoras de deficiência, mas elas não são completamente cumpridas. Muitos empresários alegam que não há políticas voltadas para a especialização dessas pessoas.

A exclusão vem fazendo com que cada vez mais se tornem pessoas isoladas da sociedade, sentindo-se inferiores aos demais indivíduos, sem conseguir se expressar no campo profissional e familiar. Portanto, todos devem interagir junto aos deficientes em qualquer área da sociedade para que essas pessoas não possam se sentir excluído de dentro da sociedade, e para que possam ter o livre arbítrio de ir e vir por onde sentirem desejo, para poderem expressar suas próprias opiniões. Porque o maior desafio dessas pessoas se relacionarem é porque o ser

humano é alimentado por preconceitos, não ter consciência do que fazem e principalmente de não terem o convívio com a realidade dos chamados portadores de necessidades especiais.

## **2.4 Minorias Religiosas**

Não se pode de maneira algum falar de minorias no Brasil sem mencionar as minorias religiosas. O Brasil é um país laico, mas até a sexta constituição brasileira (1946), o catolicismo era a religião oficial. Nessa época para o Estado todas as outras religiões eram consideradas como marginais, inclusive algumas religiões como as africanas de espiritismo (Candomblé e Umbanda) eram perseguidas.

O Brasil, apesar de existir a liberdade religiosa, ainda é um país predominantemente católico e a Igreja tem muito poder e influência, participando na política, pedindo principalmente por justiça social.

Como dito o catolicismo predomina no Estado brasileiro, mas muitas pessoas que se dizem católicas na verdade praticam religiões alternativas, místicas e espiritualistas afro-brasileiras. Os cultos espiritualistas africanos, que a poucas décadas atrás eram perseguidos, agora aumentaram muito nos últimos anos, na grande São Paulo há aproximadamente cinquenta mil centros de cultos afro-brasileiros, em Salvador aproximadamente mil e quatrocentos centros, nos dias 31 dezembro se vê nas cidades de Salvador, Rio de Janeiro e Santos milhares de pessoas participando do importante ritual de Iemanjá, mostrando quão forte essas religiões estão ficando.

As religiões afro-brasileiras não são as únicas que estão crescendo, o protestantismo está cada vez mais presente nas classes médias e baixas.

Outra religião que sofreu perseguição no Brasil foi o judaísmo, que na época da Inquisição em Portugal e na Espanha muitos Judeus foram mortos ou convertidos ao cristianismo, aqueles que têm ancestrais Judeus são considerados brasileiros em geral e não judeus, por isso só há aproximadamente duzentos mil Judeus no Brasil, concentrados nas capitais onde estão as sinagogas.

Outras religiões que existem no Brasil são muçulmanas, kardecistas, hare-Krishnas e budistas. Todas essas religiões podem ser praticadas e são protegidas pelo Código Penal brasileiro de qualquer intolerância.

O governo brasileiro assinou no dia 13/03/2015 em sessão com Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), a declaração inter-regional defendendo os Direitos Humanos de Cristãos e Outras Comunidades no Oriente Médio. Essa assinatura mostra a preocupação do governo brasileiro com as minorias religiosas do mundo, mas infelizmente não se preocupa tanto com a intolerância religiosa dentro do seu próprio país, que acontecem principalmente nas escolas públicas, sendo a principal religião perseguida a afro-brasileira. As crianças e funcionários adeptos dessa religião sofrem em alguns casos violência física (socos e até apedrejamento), humilhações e isolamento social, alguns adeptos negam sua religião por medo de serem discriminados, demitidos ou afastados de suas profissões, sendo proibido o uso de livros e o ensino da capoeira e de danças afro-brasileiras em espaço escolar.

## **2.5 Homossexuais**

Os homossexuais são vítimas de diversos preconceitos. Com a epidemia da AIDS, os homossexuais e os usuários de drogas tem sido alvos constantes de assédio, por serem considerados grupos de risco. Mesmo que a discriminação contra os soros positivos seja ilegal, este ato discriminatório continua a ocorrer na sociedade.

*[...] independentemente da rigidez das legislações, as práticas homossexuais constituem alvos privilegiados pelos regimes políticos e correntes religiosas desejosos de impor uma forma de autoridade "moral". [...] na Arábia Saudita, no Irã, no Iêmen, na Nigéria, no Sudão, no Afeganistão e na Mauritânia, os atos homossexuais continuam sendo passíveis de pena de morte.<sup>2</sup>*

## **3. AS CONSEQUÊNCIAS DA EXCLUSÃO**

### **3.1 Discriminação**

De acordo com a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, aprovada na Conferência Geral da Organi-

---

2 GIRARD, Gabriel e CASTRO, Daniela Rojas. Direitos das minorias sexuais, uma luta mundial. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1284>. Acessado em: 17 maio 2016.



zação das Nações Unidas para educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, define que o termo “discriminação” abarca que:

*qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento (Decreto Legislativo nº 40, DOU de 17.11.1967)*

A discriminação causa destruição ou comprometimentos dos direitos fundamentais do ser humano, prejudicando o indivíduo no seu contexto social, cultural, político econômico.

A segregação e exclusão social também são problemas graves causados pela discriminação, e isso tem um impacto muito negativo na sociedade. Por não se tratar de um problema novo, ela sempre existiu. Surge de um preconceito, de uma visão distorcida da realidade. Apesar de ser um problema antigo a discriminação e suas consequências estão longe de serem extintas. A discussão sobre esse assunto é constante e apesar dos esforços para conter os efeitos da discriminação eles ainda existem com muita força.

Mesmo tendo em nossa legislação diversas fontes e recursos de combate contra a discriminação, ela é muito presente em nosso meio. Não basta, portanto, a mudança e criação de leis. Claro que é muito importante o amparo legal, mas é preciso irmos além. É preciso que tomemos consciência do mal que a discriminação pode fazer a alguém. É necessário que aprendamos a se colocar no lugar do outro. Para que possamos olhar para o outro com mais compaixão entendendo que somos todos iguais e, portanto, merecedores de direitos iguais.

### **3.2 Intolerância**

A intolerância consiste na falta de disposição para aceitar pessoas com pontos de vista diferentes. Na falta de habilidade ou vontade de alguém reconhecer e respeitar diferenças. As formas mais comuns de intolerância envolvem ações discriminatórias de controle social, como racismo, sexismo, etáismo (discriminação por idade), homofobia, antissemitismo, heterossexismo, intolerância política e religiosa. A into-

lerância não se aplica somente a essas ações, ela se aplica a qualquer ideia de qualquer pessoa.

Uma vez que uma sociedade intolerante além de ser incapaz de conviver com as diferenças, cria hierarquias, que são constantemente pronunciadas e criam uma grande desigualdade de poder e sociais.

### 3.3 Preconceito

O preconceito é um conceito ou opinião criado antes de se conhecer algo ou alguém, onde muitas vezes julga-se e despreza-se o próximo só porque ele é diferente.

Esta característica surgiu com a crença cristã-judaica, em que Deus criou o homem a sua imagem e semelhança, criando a ideia do perfeccionismo físico, com isso tudo o que se diferencia do que o europeu considerou perfeito: branco, alto, bonito, sem deficiência física, etc., sofre preconceito pois se diferencia da imagem europeia de Deus.

O que mantém o preconceito é a ignorância, o medo e o egoísmo, eles atrasam o crescimento humano, transformando o homem num ser irracional, perigoso e comprometedor de sua própria existência. Existem muitas formas de preconceito, quatro delas são:

- Racismo - Cria-se uma ideia de que existem raças humanas e que umas são superiores a outras.
- Preconceito Social – acontece quando se julga alguém pela classe social em que ela está inserida
- Heterossexualidade – é o preconceito contra o homossexual.
- Etnocentrismo – acredita que uma cultura é superior a outra.

Este ato causa consequências terríveis. Desde o começo dos tempos causa fome, miséria, ódio, raiva, politicagem, egoísmo, inveja, segregação, desprezo, discriminação e genocídios que levam a guerra que acabam muitas vezes dizimando toda uma geração.

### 3.4 Violência

Além de poder ser um constrangimento físico ou moral, a **violência** também é um ato vergonhoso que acontece diariamente, em

todos os lugares do Brasil e no mundo. A Violência pode ser definida por Norberto Bobbio como:

*a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra ou outro indivíduo ou grupo. Para que haja Violência é preciso que a intervenção física seja voluntária.... A Violência pode ser direta ou indireta. É direta quando atinge de maneira imediata o corpo de quem a sofre. É indireta quando opera através de uma alteração do ambiente físico no qual a vítima se encontra. (BOBBIO, Norberto, 1997)*

Esse ato pode se manifestar por diversas maneiras, em guerras, torturas, conflitos étnico-religiosos, preconceito, assassinato, fome. Pode ser identificada tanto no âmbito urbano, como também é encontrada no meio doméstico, algumas formas que a violência se manifesta é contra a mulher, a criança e o idoso e outra forma seria a violência sexual, entre outras. Ainda existe, também, a violência verbal, que causa danos morais, que muitas vezes são mais difíceis de esquecer do que os danos físicos.

A Violência também parte do convívio familiar e assim cria um círculo vicioso, sendo que a criança mal tratada carregará essa violência reprimida e tem a probabilidade de repetir este comportamento, pois a violência se mantém através de uma tragédia revisitada. Pode-se ressaltar ainda, que por parte da família também é gerado os preconceitos, pois os primeiros ensinamentos que a criança irá carregar será o que vem daqueles que a rodeiam. Quando se junta os dois elementos, violência e pré-conceitos estabelecidos por seu convívio familiar, tem um adulto violento e preconceituoso que não aceita as diferenças.

Como explicado exposto no site, vivendo a adolescência:

- Violência física- Ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa.
- Violência institucional - tipo de violência motivada por desigualdades (de gênero, étnico-raciais, econômicas etc.). Predominantes em diferentes sociedades. Essas desigualdades se formalizam e institucionalizam nas diferentes organizações privadas e aparelhos estatais, como também nos diferentes grupos que constituem essas sociedades.

- Violência intrafamiliar - acontece dentro de casa ou unidade doméstica e geralmente é praticada por um membro da família que viva com a vítima. As agressões domésticas incluem: abuso físico, sexual e psicológico, a negligência e o abandono.
- Violência moral - ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher.
- Violência patrimonial - ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores.
- Violência psicológica - ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal.
- Violência sexual - ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal. Considera-se como violência sexual também o fato de o agressor obrigar a vítima a realizar alguns desses atos com terceiros. (Vivendo a Adolescência, disponível em: <http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/tipos-de-violencias>)

Todavia, as consequências da violência podem ser: físicas, às vezes permanentes ou temporárias, podem ser psicológicas, afetando a auto-estima e a auto-confiança, dificultam a comunicação da vítima com as pessoas que a cercam, intensifica o sentimento de autodestruição, podem levar a depressão; uma criança que sofra violência há a possibilidade de percorrer dois caminhos o da vítima ou o do agressor.

#### **4. DIREITO DAS MINORIAS E EXCLUÍDOS**

No nosso direito, está inserido o direito de minorias. O país por participar de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, considera de extrema importância na atual realidade do país, contemplar as minorias com direitos específicos.

A Carta Magna introduz os direitos fundamentais do homem, idealizando um governo de maioria, que governa para a maioria do povo e não para a elite. Onde então contidos os direitos personalísimos, os direitos à igualdade, à não discriminação, à existência, à sobrevivência e à identidade. Tornando todos iguais, perante a lei, ao direito e a dignidade. As normas infraconstitucionais, que protegem às Minorias, são as leis 7716/89 e 2889/56, reguladoras respectivamente, dos crimes resultantes de preconceito de raça ou cor e de prevenção ao genocídio

O brasileiro é formado por três etnias: brancos, negros e índios, por isso no Brasil, um país democrático e miscigenado, não pode haver a proibição de religiões, discriminação de etnias ou comportamentos, só por serem de presença minoritária. É necessário proteger essas classes para se fazer o exercício completo da democracia.

Lutar e proteger os direitos das minorias, índios, brancos, mulheres, negros, ciganos, partidos políticos, homossexuais e outros grupos minoritários, é necessário para que eles tenham a liberdade de ser o que eles quiserem ser. O direito das minorias ampara as classes desfavorecidas, tutelando seus direitos interesse e dignidade.

#### **5. TUTELA PENAL DO PRECONCEITO**

Desde sua origem o código penal é preconceituoso, começando com o Código de Hammurabi em que a aplicação da pena de Talião ou a indenização dependia da classe social, passando pelo código de Manu em que se soubesse de cor os textos sagrados não receberia pena, com a Lei das XII Tábuas, houve a primeira igualdade social, excluindo do direito penal toda distinção de classes sociais, mas foi temporário.

Nos dias de hoje, no Brasil há a igualdade perante a lei, mas a legislação pune com mais severidade crimes contra o patrimônio do que contra a vida e a segurança social, mostrando a existência do preconceito social.

Na legislação brasileira o preconceito ligado a cor, religião ou etnia é considerado crime, sujeito às penalidades de reclusão de um a três anos e multa, de acordo com a Lei N 7.716, de 5 de janeiro de 1989, art 1º e 20, alterados pela Lei N 9.459, de 13 de maio de 1997:

*Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

*Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

## **5.1 Direito de ser criança**

Com a Lei 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente criou no Brasil o sistema de controle judicial da delinquência juvenil, baseado na responsabilização socioeducativa dos jovens entre 12 e 18 anos de idade, que venham a desenvolver um comportamento definido como crime ou contravenção penal, denominado, neste caso, ato infracional.

Os adolescentes jamais cometem crimes ou contravenções por serem inimputáveis incorrem tão só em ato infracional, caso adotem conduta objetivamente idêntica. O adolescente autor de tal será responsabilizado de acordo com o devido processo legal, este poderá estabelecer sanções, sob a forma de medidas socioeducativas, cuja aplicação deverá levar em conta a sua peculiar situação da pessoa em formação e desenvolvimento físico, social e psicológico.

Uma vez que verificada a prática do ato infracional, será possível a autoridade competente aplicar as seguintes medidas: liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, podendo todas elas ser cumuladas com medidas protetivas previstas no artigo 101 do estatuto.

Não se pode contestar que as medidas socioeducativas se constituem numa resposta social destinada ao adolescente infrator, entretanto, na sua aplicação deve prevalecer o caráter sócio pedagógico, que não visa meramente à retribuição ou punição pelo ato cometido, mas sim, a recuperação, de modo a evitar a reincidência. O propósito da medida socioeducativa deve ser possibilitar ao adolescente um despertar para sua a responsabilidade social, proporcionando-lhe um novo pro-

jeto de vida que o liberte do submundo do crime e da marginalização, através de sua reinserção social, familiar e comunitária, que lhe garante a alimentação, educação, saúde, cultura, lazer, profissão, aliados à realização de atitudes e ações beneficiárias do Estado, sociedade e família em proveito da transformação da realidade do infrator.

É possível imaginar a ampliação do exercício dos direitos relacionados no Estatuto da Criança e do Adolescente, colaborando decisivamente para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: instalar a partir das crianças e adolescentes, uma sociedade livre, justa e solidária.

## **5.2 Direito dos homossexuais**

Hoje, depois de muita luta e esforço por parte dos homossexuais, após uma longa trajetória contra o preconceito que ainda permanece, esse grupo de pessoas conquistou diversos direitos, tais como: o registro das uniões estáveis de casais homossexuais, em maio de 2011; as Igrejas inclusivas, no dia 10/09/2006 foi fundada no Rio de Janeiro, a Igreja Cristã Contemporânea; a cirurgia para mudança de sexo, que foi oficializada no dia 18/08/2008 através do Diário Oficial da União que publicou a portaria que prevê a realização da cirurgia para a mudança de sexo pelo SUS nos hospitais públicos do Estado; a adoção por casais homoafetivos, que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 27/04/2010, manter a adoção de duas crianças a um casal de lésbicas no Rio Grande do Sul; direito de usar o “nome social”, em várias instituições já é aceito a adoção do nome social, o nome que os travestis ou transexuais preferem ser chamados; inclusão do nome do companheiro na declaração de IR, no dia 29/07/2010 a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dá o direito aos homossexuais de incluir o companheiro ou companheira como dependente na declaração do Imposto de Renda; INSS, foi decretado no dia 10/12/2010 o direito dos homossexuais receberem pensão pela morte de seu cônjuge; Cônjuge na identidade militar, no dia 29/06/2012, ocorreu o primeiro caso de inclusão do nome do cônjuge do militar na identidade militar desse; criminalização da homofobia, no dia 02/04/2013, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou um texto inicial classificando como crimes de ódio e intolerância os crimes contra o segmentos da LGBT; Casamento civil gay, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou uma resolução que obriga os cartórios de todos o País a converterem uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis.

### 5.3 Direitos sociais

Os **Direitos Sociais** têm como objetivo permitir que as pessoas disponham de serviços que garantam uma mínima qualidade de vida. Os Direitos Sociais:

*se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2010, p. 77)*

- CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), a Lei 7853 e o Decreto 3298 de 1989 estabelecem que todas as crianças e todos os adolescentes inclusive os que têm deficiência devem conviver com dignidade, respeito e liberdade com seus familiares e na comunidade onde vivem. Para que isso seja assegurado, eles têm direito a brincar, estudar, ser atendidos em entidades sociais e serviços de saúde, na região onde moram.

- EDUCAÇÃO

A Constituição Federal em seu Artigo 205 diz que a Educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício e sua qualificação para o trabalho.

No Artigo 208, encontramos que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

- ESPORTE, LAZER, CULTURA.

Segundo o Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência (ONU, 2001), as oportunidades de frequentar atividades recreativas, restaurantes, praias, teatros, bibliotecas, cinemas, estádios esportivos, hotéis e outras formas de lazer devem ser para todos os cidadãos. Precisam ser adotadas medidas para que as pessoas com deficiências possam ser motivadas a usufruir integralmente desses serviços tendo acesso ainda às atividades culturais (dança, música, literatura, teatro e



artes plásticas), utilizando ao máximo suas qualidades criativas, artísticas e intelectuais em prol de si mesmas e da comunidade.

- SAÚDE

A Lei Federal n. 7853/89 e o Decreto 3298 asseguram que a pessoa com deficiência (e seus pais em caso de criança) tem direito a receber informações médicas, inclusive sobre os cuidados que ela deve ter consigo, notadamente no que se refere à questão do planejamento familiar, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência.

A pessoa com deficiência tem direito a desfrutar de plano de saúde para tratamento de sua deficiência conforme o artigo 14 da Lei Federal n. 9656/98 de 03 de junho de 1998, não pode haver impedimento de participação nos planos ou seguros privados de assistência à saúde as pessoas com deficiência.

- TRABALHO

A Lei Federal n. 8112, de 11 de dezembro de 1990, art. 5º, reserva um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e define os critérios para sua admissão. Em concursos públicos federais (no âmbito da Administração Pública Federal, ou seja, empresas públicas federais, sociedades de economia mista pública, autarquias federais, fundações públicas federais e também a própria União) até 20% das vagas são reservadas às pessoas com deficiência.

As pessoas com deficiência têm preferência aos demais, caso aprovado no concurso, independente de sua classificação, caso nenhuma pessoa com deficiência seja aprovada em um concurso, desconsideram-se as vagas reservadas para eles.

Em relação as empresas privadas a lei Federal n. 8213/91, art. 93, prevê proibição de qualquer ato discriminatório no tocante a salário ou critério de admissão do emprego em virtude de ter a deficiência.

## **6. O QUE PODE SER FEITO: AÇÕES AFIRMATIVAS**

Ações afirmativas são políticas que utilizam recursos em benefício de pessoas que pertencem a grupos discriminados e que são vítimas de

exclusão socioeconômica no presente ou no passado. Essas medidas têm como objetivo combater as discriminações raciais, étnicas, religiosas, de gênero e as desigualdades por esta causada, aumentando o acesso dessas minorias a educação, emprego, saúde, bens materiais, redes de proteção social e aumentando sua participação no processo político.

Nós podemos classificar como ações afirmativas: a contratação e promoção de membros de grupos minoritários por via de metas, bônus, cotas ou fundos, de estímulos, bolsas de estudos, cotas mínimas de participação na mídia, na política e em outros âmbitos, empréstimos, preferência em contratos públicos, reparações financeiras, distribuição de terras e habitação, medidas de proteção a estilos de vida ameaçados e políticas de valorização identitária.

Esses procedimentos podem ser de iniciativa pública ou privada, e adotada de forma voluntária e descentralizada ou por determinação legal.

A ação afirmativa atua de forma preventiva em favor de pessoas que são potencialmente discriminadas, pode ser entendido como uma prevenção à discriminação e uma reparação de seus efeitos. Assim sendo, é de extrema importância no combate as desigualdades, uma vez que ela assegura o acesso a posições sociais importantes de pessoas que sem tais medidas não conseguiriam ter acesso.

## **7. TESE DE JAIR BOLSONARO, CONTRA AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

Jair Bolsonaro acredita que as minorias não existem, ele é contra a vitimização de negros, gays e índios e cotas para afro descendentes, pois o Brasil tem uma grande miscigenação e por tanto não pode ter privilégios para determinadas pessoas.

Ele é contra ao projeto lei de cotas para concursos públicos pois para ele: “o projeto privilegia o negro privilegiado” pois é genérico, não se importando se o negro é rico ou pobre. Colando a cor em primeiro lugar e o aprendizado em segundo. As seguintes frases ditas por Jair Bolsonaro exprimem seu pensamento em relação às cotas para negros:

*“Não sou contra negros. A minha briga é contra cotas. Somos um povo miscigenado, somos iguais e não podemos criar privilégios<sup>3</sup>”*

*“Eu não entraria em um avião pilotado por um cotista nem aceitaria ser operado por um médico cotista.”<sup>4</sup>*

*“Todos nós somos iguais e ponto final. Temos a mesma cor. Não tem defesa de minoria. O que o negro está sofrendo agora para a gente ter que melhorar com projeto? Como foi que Obama chegou lá? Como foi que Joaquim Barbosa chegou lá? Foi mérito. Por que um nordestino tem que ter menos direitos do que os descendente de africanos<sup>5</sup>?”*

## **8. TESE DE GILBERTO RODRIGUES, A FAVOR DAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

Gilberto Rodrigues é a favor das ações afirmativas, pois o princípio da igualdade ainda que eternizado seja desde os tempos mais remotos até hoje um dos temas de maior complexidade da humanidade, mas o direito à igualdade, em si, não garante sua efetivação se não estiver acompanhado de políticas igualitárias.

Em toda sociedade, independente de sua forma e organização, a igualdade é objeto de reflexão, investigação e debate. O seu foco volta-se sempre ao alcance de uma maior isonomia ou, quando não, de uma redução das desigualdades por que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Gilberto Rodrigues exprime seu pensamento em seu texto Ações Afirmativo:

*Na lógica e na prática dos direitos humanos, garantir que todos são iguais significa adotar e implementar políticas públicas que promovam ações afirmativas a grupos e co-*

---

3 G1 Mato Grosso. Em Cuiabá, Bolsonaro se diz contra terra para índios e cota para negros. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/11/em-cuiaba-bolsonaro-se-diz-contra-terra-para-indios-e-cota-para-negros.html>

4 BORGES, Fernando. Costas Raciais - Argumentos Contra. Disponível em: <http://www.reflexaogeral.com.br/2011/05/cotas-raciais-argumentos-contra.html>

5 TEREZA, Silvia. Assista entrevista na íntegra de Bolsonaro sobre minorias e Pedrinhas. Disponível em: <http://silviateza.com.br/assista-entrevista-na-integra-de-bolsonaro-sobre-minorias-e-pedrinhas/>

*letividades que são tratados de forma desigual. O grande problema é que existe um abismo entre reconhecer o princípio da igualdade e aplicá-lo na prática. No dizer de Norberto Bobbio, o grande desafio atual está na implementação dos direitos humanos.*

*Enquanto o direito à igualdade está consolidado socialmente (quase ninguém defende o contrário, ao menos em público), reconhecer que minorias precisam ser fortalecidas e empoderadas esbarra em diferentes obstáculos, desde o entendimento de que isso pode gerar outras injustiças até o puro preconceito. Além disso, reconhecer direitos custa pouco, garantir direito custa dinheiro do Estado e do contribuinte.*

*Nas sociedades democráticas, e nas organizações internacionais, o tema da garantia da igualdade por políticas de ação afirmativa avança em várias frentes. Mulheres (questão de gênero), minorias étnico-raciais (que incluem negros e indígenas) e pessoas com deficiência dispõem de acordos internacionais e leis aprovadas e em vigor, para respaldar essas políticas. A comunidade LGBT avança em sua luta por reconhecimento, mas enfrenta resistências fortíssimas de setores sociais e religiosos conservadores.*

*Nesse quadro de avanços de direitos, também avança o retrocesso. É o que se vê no debate da campanha eleitoral americana, na ascensão de partidos ultraconservadores na Europa, no tratamento cruel e desumano dado a imigrantes e refugiados nas fronteiras e dentro delas, nas perseguições e criminalização da comunidade LGBT em vários países, e no cerco a movimentos sociais que reivindicam seu direito à igualdade mais ampla – de voz e de pão – negado pelo status quo. É bom recordar que as ações afirmativas compõem a chamada Justiça Social. Por favor, levante a mão quem se opõe a ela.*

## **9. CONCLUSÃO**

Após discutir acerca do tema, podemos concluir que hoje as minorias e os excluídos estão presentes na sociedade brasileira.

Ao apresentarmos exemplos de grupos que se destacam no país devido a discriminação, preconceito e intolerância que a sociedade emprega em torno destes, podemos perceber com certa clareza que por mais que estes tenham seus direitos e leis que os tutelam ainda são parte da minoria devido a uma maioria que tem medo que os mesmos cresçam e se voltem contra seus interesses.

Ao longo da pesquisa discorreremos sobre medidas que poderiam ser tomadas para diminuir essa exclusão dentro da sociedade através das Ações Afirmativas, como exemplo, as cotas, que foi uma forma que o Governo encontrou para redimir-se com a população menos favorecida, e que por motivos que percorreram ao longo da história sofrem discriminação afetando assim a sua vida social e econômica.

Porém como percebemos através das teses dos Autores apresentadas no seminário, nem todos concordam com tais medidas, acham que não existem diferenças, assim colocando que ninguém é melhor ou que merece mais privilégios que os outros.

Portanto, por mais que não percebamos esses atos contra determinados grupos sociais ainda existem e como uma solução para conseguir incluí-los no meio social entendemos que as Ações Afirmativas são a única forma, para então termos a tão sonhada igualdade.

## Referências

ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público, Revista Jurídica, disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>. Data de acesso: 05,05,2017.

BENEDIKTER THOMAS 2006. Minorities in Europe. Legal Instruments of Minority Protection in Europe - An Overview. Jan Klabbers. 2009. Self-Determination. Gabriel Toggenburg, Gunther Rautz. 2010. Minder heitensc hutzes. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/relacoesraciais/intolerancia-religiosa/> Data de acesso: 17 maio 2016.

CHAGAS Victor Paulo Repórter da Agencia Brasil. Brasil assina declaração de apoio a minorias Religios no.orientemédio.Disponível.em:URL: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-03/brasil-assina-declaracao-de-apoio-minorias-religiosas-no-orientemedio>. Data de acesso: 17 maio 2016.

GIRARD, Gabriel e CASTRO, Daniela Rojas. Direitos das minorias sexuais, uma luta mundial. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1284>. Data de acesso: 17 maio 2016.

JOAQUIM, Nelson. *Igualdade e Discriminação*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2652/igualdade-e-discriminacao> Data de acesso: 17 maio 2016.

LAMAS, Aline. 'O inferno é o presídio', afirma ex detento, G1, 2012, disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html> Data de acesso: 17 maio 2016.

SÉGUIN, Elida. Livro direito das minorias. Editora Forense. [s.a].

TEREZA, Silvia. Assista entrevista na íntegra de Bolsonaro sobre minorias e Pedrinhas. Disponível em: <http://silviatereza.com.br/assista-entrevista-na-integra-de-bolsonaro-sobre-minorias-e-pedrinhas/> Data de acesso: 17 maio 2016.

Vivendo a Adolescência. Tipos de Violência. Disponível em: <http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/tipos-de-violencias>

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm) Data de acesso: 17 maio 2016.

G1 Mato Grosso. em Cuiabá, Bolsonaro se diz contra terra para índios e cota para negros. disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/11/em-cuiaba-bolsonaro-se-diz-contraterra-para-indios-e-cota-para-negros.html> Data de acesso: 17 maio 2016.

Cotas raciais argumentos contra uma reflexão geral. Disponível em: <http://www.reflexaogeral.com.br/2011/05/cotas-raciais-argumentos-contra.html>.  
Data de acesso: 17 maio 2016.

Preconceito/Discriminação Jornal Digital. Disponível em: <https://jornaldigital2006.wordpress.com/tipos-de-preconceitos/> Data de acesso: 17 maio 2016.

Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa - GEMAA. (2011) "Ações afirmativas". Disponível em: <http://gemma.iesp.uerj.br/dados/o-que-sao-acoes-afirmativas.html> Data de acesso: 17 maio 2016.

# O CONSUMIDOR IDOSO E A TECNOLOGIA: UMA ANÁLISE DAS PRÁTICAS DE MERCADO E SEU IMPACTO NA VIDA DESTA CATEGORIA HIPERVULNERÁVEL

<sup>1</sup>Gabriela Maia Cassab

<sup>2</sup>Matheus Martins Alves Pereira

## RESUMO:

O objetivo do trabalho é analisar o retrocesso prático na vida do consumidor idoso, que poderão ser causados pelas novas práticas de mercado, extremamente tecnológica e digital. Um segundo ponto que a pesquisa aborda é a possibilidade, principalmente na rede bancária, de causar um retrocesso na forma de utilização do serviço, por parte deste grupo, que acabará por voltar a enfrentar as demoradas filas.

## Palavras-chave:

Consumidor. Hipervulnerabilidade. Idoso. Tecnologia. Mercado.

---

1 Mestranda em Direito pela UNESA/RJ (bolsista integral pela CAPES); Especialista em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Emerj; Advogada.

2 Mestrando em Direito pela UNESA/RJ; Especialista em Direito Processual Civil pela UFF/RJ; Advogado.



## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho procura trazer uma ponderação acerca do cenário em que o consumidor idoso enfrenta o avanço das práticas tecnológicas, principalmente com a obrigação do uso dos meios digitais, por parte das grandes empresas prestadoras de serviço de consumo, que poderá vir a acarretar um retrocesso em sua vida prática, ou seja, fazendo-o retornar ao uso dos antigos meios de utilização dos serviços, como, por exemplo, serviço bancário.

Partimos de uma visão teórica, em que se pretende realizar neste trabalho uma curta pontuação da história do Direito do Consumidor no Brasil, bem como do Estatuto do Idoso, analisando a categoria em que o consumidor idoso se insere e como a obrigação de aderência a digitalização dos serviços afeta seu cotidiano de maneira agressiva e confusa, já que não é possível de se inserir em um mesmo tratamento igual, pessoas com características desiguais.

Inicialmente, é importante se atentar ao fato de que o Direito do Consumidor, no Brasil, somente veio a ser efetivamente codificado em 1990, e, mesmo sendo fruto de um passado recente, o mesmo não conversa com o Estatuto do Idoso, que somente foi positivado em 2003.

Assim, nem mesmo poderia se cogitar que a primeira legislação viesse a ter um amparo a tal categoria, quando, à época, não havia qualquer cultura de amparo específico a este grupo social.

A luta desta classe da sociedade no dia a dia, em decorrência dos diversos casos de escândalos de maus tratos que foram se apresentando, e, principalmente, com o aumento da expectativa de vida, se tornou um caminho sem volta para que o Estatuto do Idoso se tornasse uma realidade e, para que este nicho da sociedade fosse visto como sujeitos de direitos de modo especial, sem inseri-los em um contexto no qual os mesmos não mais se encontravam, dando-lhes a atenção devida, para seus problemas específicos e delicados.

A questão do idoso enquanto cidadão e consumidor não passa apenas pelas dificuldades oriundas da idade avançada, mas sim pela falta de proteção e políticas públicas por parte do poder público, que não possui interesse em proteger esta categoria.

Em relação ao Direito do Consumidor, com uma característica generalista, não especifica os tipos de consumidores, colocando-os todos

em um mesmo patamar, desde crianças e portadores de deficiências a idosos, sem qualquer tipo de tratamento legal especial que tais categorias merecem. Importante deixar claro neste ponto que não estamos falando de discriminação, mas sim de dar tratamento desigual aos desiguais, como a própria lei prevê.

A problemática ora abordada se encontra em estudar o consumidor que possui uma vulnerabilidade maior diante de grandes fornecedores de serviços, além da prevista pela legislação, em recorte especial, o consumidor idoso, e como este possui uma diferença em seu modo de lidar com a tecnologia, que acaba por dificultar ainda mais o cotidiano deles em tarefas simples.

Assim, o objetivo do presente trabalho é trazer a reflexão de como o idoso é um consumidor em patamar diferente dos demais consumidores, devendo ter um olhar mais sensível às suas peculiaridades, e como a digitalização dos serviços pode vir a forçar este mesmo consumidor a retornar a práticas antigas, como, por exemplo, as filas de banco, no lugar dos caixas automáticos.

O presente artigo se apresenta em três momentos. Primeiramente, com uma breve abordagem sobre a história do Direito do Consumidor no Brasil, mais precisamente com o período de surgimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e o Estatuto do Idoso, duas leis que surgiram com o interesse de proteção de grupos específicos, mas que se confundem, pois é possível afirmar que todos os idosos, em algum momento, são consumidores.

Em seu segundo momento, o trabalho abordará a necessidade capitalista das empresas em se atualizarem dentro de um sistema digitalmente evoluído, de modo que não fiquem em defasagem com o mercado.

No terceiro e último momento, em sua fase de conclusão, o trabalho apresentará a questão central de sua problemática, que é possibilidade de que as novas tecnologias digitais acabem por forçar estes consumidores idosos a praticarem suas atividades como faziam há décadas, ou seja, retornando às filas de bancos, às ligações para centrais de atendimento e serviços, nos modelos que funcionavam anteriormente.

A metodologia empregada na realização desta pesquisa, com a elaboração deste trabalho, foi a análise bibliográfica, principalmente de literatura jurídica.

## **2. O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR E O ESTATUTO DO IDOSO**

Antes de se adentrar efetivamente na problemática do trabalho aqui apresentado, é sempre interessante trazer ao leitor uma contextualização histórica de certas situações, para que, munido de tais pensamentos e após incluir no espaço de tempo o que está sendo discutido, entender claramente o que a pesquisa intenta trazer.

A Constituição Federal, vigente até hoje, entrou em vigor em 1988, mas antes de sua publicação, os juristas Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomrno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari foram convocados pelo presidindo do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, para apresentação do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor (GRINOVER et al, 2011), aprovando posteriormente o Projeto Michel Temer.

A sociedade suplicava por uma regulamentação das relações entre fornecedores e consumidores, na medida em que as dificuldades de relação aumentavam com a modernização das negociações. Os fornecedores e consumidores, que antes encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, já que se conheciam na rotina do cotidiano, as dificuldades começaram a surgir quando não mais os fornecedores eram aqueles com relação direta, mas sim em uma escala de superioridade, em que não mais se conheciam os fornecedores pessoalmente, eis que mais industrializado o sistema de produção.

Em razão da vulnerabilidade do consumidor, não poderia então o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Assim, a ideia de se codificar as normas legais acerca das relações de consumo, foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte, prevista até mesmo no artigo 5º, XXXII da própria Constituição Federal que afirma que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (GRINOVER et al, 2011).

Já o direito de proteção dos idosos, em um período bem posterior, praticamente após 2003, surgiu com a origem do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, pois até mesmo com a publicação da Constituição Federal de 1988, prevendo em seu artigo 230 que a família, o Estado e a sociedade têm o dever de amparar os idosos, as práticas de maus tratos e casos de abandonos eram cada vez mais noticiados pela imprensa,

e explicitavam a necessidade de uma regulamentação mais agressiva sobre os direitos da chamada “terceira idade”.

O Estatuto do Idoso abraçou a proteção a esta categoria social com bastante abrangência, no entanto, em nada se manifestou sobre o idoso-consumidor, e as dificuldades que o mesmo encontra em momentos de contratos e compras (e uso) de produtos, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência ter esta atenção especial.

### **3. A LEI QUE DEVE TRATAR DESIGUAIS COMO DESIGUAIS**

Importante não se deixar de falar que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, no caput, que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes, a inviolabilidade do direito à igualdade. Mas o que seria essa igualdade em um país com tantos desiguais?

O que a Constituição Federal, conhecida como a “Constituição Cidadã” esclarece é que a lei deve proteger as desigualdades das pessoas, formando assim o Princípio da Igualdade.

E, por Princípio da Igualdade temos a necessidade da lei em tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, ou seja, significa dizer que ações afirmativas ocorrerão para colocar em par de igualdade – jurídica – aqueles que se encontram em diferentes posições sociais, para que alcancem resultados de acordo com suas possibilidades.

É o que ocorre, como exemplo, nas políticas de cotas para universidades, que é uma ação afirmativa para dar condições iguais aos que possuem situações desiguais dentro da sociedade.

A lei deve tratar em par de igualdade aqueles que estão em condições iguais, aplicando regras que colocam todos em uma situação em que as diferenças não irão interferir no resultado prático da solução de qualquer conflito.

No entanto, ainda que a máxima de que todos sejam iguais perante a lei deva prevalecer, deve-se sempre trazer ao debate que, as diferenças existem e, em muitos casos se mostram tão grosseiras que necessitam de cuidados especiais, como o caso dos vulneráveis, os consumidores em geral (quando, por exemplo, enfrentando grandes empresas) e trabalhadores diante de seus patrões. É importante que o

Direito observe que as diferenças devem ser tratadas como diferenças, e regras diversas devem ser aplicadas aos casos para que aqueles desiguais sejam, ao menos no processo, partes iguais.

No caso do objeto de discussão deste trabalho, temos que os idosos estão em desigualdade com os consumidores para os quais o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se dirige, eis que ele fala diretamente aos consumidores médios, ou seja, aqueles que não possuem necessidades ou cuidados específicos, que podem vir a requerer uma atenção mais especial por parte dos fornecedores.

Deveria então ser aplicado o princípio da igualdade a esta classe de consumidores, amparando-os na situação de estarem aquém dos fornecedores, em regra, grandes empresas, que disputam em desigualdade com os mesmos nas relações de consumo.

#### **4. A CARACTERÍSTICA DA HIPERVULNERABILIDADE**

Conforme já exposto neste trabalho, o Estatuto do Idoso prevê a proteção e a necessária dispensa de atenção especial ao idoso, exatamente por estar este em uma situação de maior necessidade de amparo diante das questões da vida. Já podemos encontrar na doutrina, entendimento de que o idoso é considerado um consumidor em categoria de hipervulnerabilidade, eis que o aspecto da vulnerabilidade se encontra potencializada (SCHMITT, 2014).

Para explicar o que seria essa hipervulnerabilidade defendida pelo autor Cristiano Heineck Schmitt (2014), explicaremos os conceitos que o mesmo esclarece. Para o autor, seriam considerados hipervulneráveis as crianças, os analfabetos, os portadores de enfermidades e os idosos.

Primeiramente, falamos das crianças. Estas são uma espécie de alvo fácil para propagandas de grande conteúdo subliminar e apelo emocional. As crianças possuem um nível maior de fragilidade diante de uma falta de discernimento que apresentam, exatamente por sua falta de maturidade (SCHMITT, 2014).

Em outro ponto, destacamos os analfabetos, que por sua condição de desconhecimento de leitura e escrita acabam por não terem acesso ao real conteúdo do contrato por si só, o que permite que sejam

ludibriados por agentes de má-fé, e, ainda os enfermos, que muitas vezes, pela incapacidade física ou mental acabam por não conseguirem discutir os termos das negociações.

Esclarecidas as outras modalidades de consumidores que abracam o conceito aqui defendido de que há uma vulnerabilidade maior do que a prevista generalizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, retornaremos a discussão sobre a problemática da tecnologia e do idoso no mercado de consumo.

Esta categoria de consumidor deveria ter um amparo maior em suas relações de consumo, no entanto, são entregues às empresas sem qualquer observância de peculiaridades inerentes a suas necessidades especiais, tais como: maior zelo com contratos, regras e, principalmente, uso de tecnologias avançadas que obrigam o idoso a aprender a utilizar serviços que não estão acostumados, ou familiarizados, nem mesmo confiam em tal uso.

No momento da elaboração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não houve sequer uma observância quanto as especificidades de tais consumidores, suas dificuldades e suas fragilidades diante daqueles que poderiam, até mesmo por má-fé, utilizar exatamente estas dificuldades de condições para então conseguir enganá-los com práticas abusivas e enganosas.

Para melhor explicar a linha de raciocínio, partiremos de duas premissas neste ponto: (i) a explicação da digitalização da tecnologia; e, (ii) a inclusão da tecnologia de modo arbitrário na vida do consumidor, e do idoso, que, nem mesmo possui qualquer costume com o uso de tais utilitários. Assim, após tais explicações, a abordagem do trabalho se fará clara, na medida que suas hipóteses poderão vir a serem confirmadas.

## **5. A DIGITALIZAÇÃO DA TECNOLOGIA**

Não é segredo que o sistema capitalista exige que as empresas se qualifiquem e se atualizem junto às novas tecnologias quase que diariamente. É possível de se dizer que, quando um novo aparelho celular é lançado, a título de exemplo, outro modelo superior está sendo lançado em outra marca na mesma semana, para não falarmos no mesmo dia.

A busca pela atualização, a busca pelo produto mais novo e moderno faz com que os grandes conglomerados, grandes poderes econômicos controladores do mercado de consumo, atropelarem certas questões pormenorizadas, e objetivarem o lucro acima de qualquer circunstância que possa frear essa busca e obtenção de novos nichos de mercado, ou manutenção dos já conquistados.

Tal agressividade do mercado de consumo acaba por impor às grandes empresas que se adaptem ao novo modo apressado e fugaz de se encarar o funcionamento de antigos serviços, fazendo uma atualização de seus modelos para se encaixarem nos moldes atuais – e digitais – exigidos pela nova sociedade de consumo, que espera cada vez mais que os serviços sejam colocados à disposição de modo facilitado.

Com esse pensamento em funcionamento dentro das grandes empresas de consumo, o movimento que está ocorrendo é a digitalização dos serviços. E o que seria essa digitalização? Exemplificando: empresas bancárias estão obrigando seus clientes a instalarem seus aplicativos em seus telefones celulares smartphones, para que possam ter acesso a chaves de segurança, para só então ter acesso à suas próprias contas bancárias, seja no caixa automático, seja no serviço de internet. Em um segundo exemplo, temos também a situação em que uma operadora de planos de saúde obriga o consumidor a confirmar o número de um token quando chega ao consultório, e esta confirmação deverá ser feita pelo aplicativo instalado em seu smartphone, mensagem de texto, ou ligando para a central de atendimento diretamente do consultório médico ou laboratório de exames.

Para o funcionamento destes serviços, as empresas pressupõem que seus clientes terão aparelhos celulares, com pacotes de dados, devidamente carregados, com o aplicativo instalados e que saibam utilizá-los de modo a fazê-lo rapidamente e em segurança.

Assim, essa necessária evolução tecnológica, ainda que se mostre totalmente benéfica para as empresas e para o grande público, eis que atualmente o mercado atuante está voltado para jovens e adultos, não abraça o público idoso, que não acompanhou o nascimento deste turbilhão digital em que o mundo se encontra e, por conseguinte, não possui capacidade de entender e utilizar o serviço, principalmente o bancário, sem colocar em risco sua própria segurança.

## 6. O CONFLITO DO IDOSO COM A TECNOLOGIA

O caminho para se entender até que ponto a digitalização dos serviços pode influenciar negativamente a vida da categoria de consumidores idosos, é importante que se tenha em mente alguns esclarecimentos sobre a vida do idoso atual.

Ao se pensar em alguém que conta atualmente com mais de 60 anos, pensa-se em uma pessoa que tenha nascido até o ano de 1957, ou seja, um período em que os computadores não faziam parte da vida cotidiana, nem mesmo existia a internet, ou celulares ou qualquer outro meio que nos dias de hoje se fazem indispensáveis para a vida comum. O próprio aparelho celular foi inventado na década de 70 e começou a ser comercializado somente na década de 80.

Assim, as pessoas que hoje são idosas tiveram o auge de sua vida de trabalho e produção em um período em que tais tecnologias sequer existiam, e não seria humano forçá-los a aprender, de uma hora para outra, a não apenas usar tais tecnologias, mas combiná-las, para conseguir serviços que lhe são essenciais, como bancos, planos de saúde etc.

É certo que não é aceitável ao mercado, que somente visa o lucro, que deixe de se atualizar ou de modernizar seus serviços em razão de uma parcela de seus usuários, no entanto, obrigar todos os clientes/consumidores a aderirem de maneira autoritária a determinada forma de utilização pode ter o efeito contrário ao desejo das empresas de dar conforto e acessibilidade a seus clientes.

Por certo que é bastante comum se encontrar idosos que não sabiam utilizar seus telefones celulares, bem como aparelhos de televisão mais modernos e muito menos computadores cujas funções parecem quase criptografadas. Combinar tais tecnologias para um simples saque em um caixa eletrônico, além de muito dificultoso, ainda esbarra na possibilidade de deixá-los expostos a possíveis violências, eis que o caminho natural será o de pedir ajuda a terceiros.

Dentro desse cenário, deveria o Código de Proteção e Defesa do Consumidor amparar diferentemente os consumidores que necessitam de uma especial atenção que as regras especiais não conseguem abarcar, aqui falamos sobre inversão do ônus da prova etc. O tratamento ao consumidor hipervulnerável deve ser diferenciado, devem ser atendidos enquanto na relação de consumo, não apenas na proteção



processual, não somente no amparo que o Código garante no trâmite processual.

No entanto, a lei que protege o consumidor no Brasil não faz qualquer distinção quanto às categorias mais frágeis que utilizam o mercado de consumo, cabendo ao Judiciário a função de melhor proteger e dar amparo às demandas dos mesmos.

De certo que, em um passado não muito distante, há aproximadamente 25 anos, os caixas eletrônicos eram uma novidade no uso das agências bancárias, e não eram utilizados pela maioria dos clientes, como também não eram dignos de confiança pela maioria dos usuários de agências. Estes usuários, que envelheceram com o passar dos tempos, não apenas aprenderam a utilizar o caixa automático, como também passaram a confiar em seu uso como sendo uma boa possibilidade para não se enfrentar as enormes filas que se formavam dentro das agências.

No entanto, os bancos, e aqui falamos a título de exemplo, para melhor garantirem a segurança de seus usuários, começaram a criar dispositivos de conferência de segurança que vão além das senhas, sejam letras, sejam serviços de biometria, ou digitação de códigos de chave de segurança que eram fornecidas por um cartão.

Com a avalanche de novos aplicativos, e a facilidade de se fazer praticamente tudo pelo celular, tais empresas entenderam que a obtenção da confirmação de segurança por meio do aplicativo do celular no momento do uso do caixa eletrônico seria uma forma segura de se comprovar que é o próprio cliente que está tentando fazer a operação. Ou seja, para isso, a pessoa deve contar com seu cartão de banco, um celular smartphone carregado, e com o aplicativo do banco devidamente instalado em seu celular.

E foi neste ponto que não houve a preocupação de se pensar em como tal nova modalidade obrigatória de confirmação de segurança dificultaria a vida daqueles idosos que já possuem dificuldade até mesmo para usar o caixa automático e utilizar qualquer tipo de celular. Como querer que este nicho do mercado aprenda em tão pouco tempo a utilizar tantas informações simultaneamente e com tanto risco, já que tudo isso é feito no momento em que se está no próprio caixa automático?

E a conclusão a que se chega é a mais simples e óbvia possível: eles não irão aprender e retornarão para a segurança da fila interna do banco. Ou seja, todo o aparato criado para melhor atender seu cliente, na verdade é uma prática segregadora, que não inclui todos os que se utilizam dos serviços enquanto clientes, mas sim somente de um grupo seletivo – talvez com mais recursos financeiros do que os idosos aqui em debate, e assim mais interessantes as empresas. Assim, o movimento natural deste grupo será o de retornar ao *modus operandi* anterior a esta modernização, pois além de mais fácil para o uso, será mais seguro para este grupo.

O objetivo inicial deste trabalho era analisar qual o possível reflexo na vida de um idoso que as novas práticas adotadas pelas grandes empresas do mercado de consumo poderiam causar, em razão de terem adaptado seus serviços quase que de maneira obrigatória ao uso de aplicativos e internet, vinculando grande parte da prestação de serviços ao uso de aplicativos em aparelhos de celular do tipo smartphones.

Ilustrando esta parte da pesquisa, sem citar nomes das empresas em questão, temos um grande banco, agência financeira, que no ano de 2017 encerrou as atividades de controle de segurança do caixa automático e acesso à internet com a utilização de um cartão com números de chave de segurança, substituindo-o, necessariamente, pela obtenção da chave de segurança dentro de um aplicativo a ser instalado no aparelho celular e ser disponibilizada após a digitação de um número de token que o cliente irá gerar.

Ainda no campo dos exemplos, grande empresa operadora de planos de saúde modificou a forma de atendimento, em que antes o consumidor/paciente apresentava seu cartão junto com sua identidade ao atendente do médico, que preenchia a ficha de consulta e então o paciente assinava. Passou a ser necessário que o atendente peça uma autorização a empresa, gerando um número de token, que será enviado ao paciente via mensagem de texto, ou aplicativo de celular, para então ser autorizada a consulta e, ainda assim, imprimir a via de consulta e ser assinada pelo paciente, ou seja, um procedimento não substituiu o outro, foram somados.

Deixamos aqui apenas dois exemplos, que foram vivenciados em experiência real pelos autores deste trabalho, e que serviram para a reflexão da pesquisa, na medida em que, de certo que a tecnologia deverá avançar, até mesmo pelo apelo capitalista de que o mercado deve

estar em expansão para que o lucro jamais seja reduzido, mas como farão aqueles que não possuem conhecimento e (ou) facilidade para lidar com essas tecnologias do cotidiano?

As empresas estão partindo das premissas de que todos os seus consumidores não apenas tenham aparelhos celulares smartphones com seus aplicativos instalados, como também possuam pacotes de dados instalados e que saibam utilizar com a velocidade que necessita um caixa eletrônico de agência bancária, por exemplo.

E, exatamente neste ponto que fica a questão ora debatida, uma vez que quando tais avanços digitais foram pensados, por certo não se pensou nos idosos, que contam com dificuldades para utilizar um celular, e que já contaram com dificuldade para aprender a usar o próprio caixa eletrônico.

Querer que aquele idoso, que já possui diversas dificuldades próprias de sua idade avançada ainda tenha a rapidez e fluidez para se utilizar de tantas informações ao mesmo tempo beira a crueldade. E nem mesmo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ou o Estatuto do Idoso pensaram em proteger o consumidor contra as arbitrariedades capitalistas do mercado de consumo, contra as práticas abusivas de autoritarismo das empresas.

## **7. CONCLUSÃO**

Diante das situações analisadas neste trabalho, é possível extrair algumas conclusões sobre o tema. Pensar na realidade do mercado de consumo no Brasil, e pensar no cenário enfrentado pelo idoso, em um país de notória desigualdade, conclui-se pela obviedade da dificuldade de se ter qualquer tipo de amparo à esta categoria enquanto consumidora.

As tendências capitalistas de mercado atuais forçam as empresas a se utilizarem cada vez mais agressivamente de tecnologias para seus usuários se sentirem confortáveis com os serviços prestados, de modo que queiram continuar a utilizá-los e fidelizem sua relação.

Uma preocupação crescente do mercado é o lucro, e neste cenário não há espaço para o amparo do social, do cuidado com as peculiaridades de consumidores que não seguem as regras daqueles para os quais está sendo dirigida a nova publicidade, a nova técnica.

Finalmente, o idoso acaba sendo ignorado dentro deste novo ambiente, deixado de lado pelas empresas, que não se importam em saber se saberão ou não utilizar os novos modelos disponibilizados para os serviços, causando transtornos imensuráveis no cotidiano deste público, que já sofre constantemente, em um país em que a realidade social é medíocre com os que passaram dos 60 anos.

Enquanto o Brasil insistir em não reconhecer que existem categorias que necessitam de uma proteção maior dentro do mercado de consumo, um olhar especial – e especializado – a suas necessidades, peculiaridades e especialidades, que não são sequer consideradas por quaisquer empresas.

O Poder Legislativo brasileiro não possui um grande histórico de produção de normas para a proteção do idoso, salvo a criação do Estatuto do Idoso e algumas outras pequenas questões, mas o dia-a-dia não está sendo observado pelo poder público.

Aqui se deve ainda falar que não há qualquer política pública em relação ao consumidor idoso que possa protegê-lo contra as mazelas que o mercado de consumo insiste em colocar no cotidiano desta categoria, além disso, não há proteção específica, ou até mesmo, algum movimento no sentido de amparar estas relações tão delicadas.

Como o presente trabalho se propôs a apresentar, o idoso no Brasil possui diversas dificuldades em sua vida, que vão além das próprias dificuldades da idade, ou seja, complicações de suas relações, que acabam impedindo o uso dos serviços de forma prática e simplificada.

Concluindo, a tecnologia da digitalização, como já dita neste trabalho, é um caminho reverso ao idoso, que de tão complicado que se tornou o uso de alguns serviços, acaba sendo obrigado a retornar ao modo de uso da forma como fazia antigamente, e esta prática caminha de forma contrária às capacidades deste público, que, por certo, retornará ao antigo jeito de viver, aos telefones fixos e às filas de banco.

É de se observar que as medidas de proteção e atenção à esta classe se dão para que eles possam levar uma vida leve, com facilidades, com situações que permitam com que suas limitações – que são condizentes com a avançada idade – não se tornem um óbice ao bom convívio social, ao bom funcionamento de suas atividades simples e comuns que praticam desde sempre.

Assim, o desamparo, aliado à prática do descaso social acabam por deixar o idoso em situação de fragilidade tamanha, o que afeta sua relação com o mercado de consumo, como já exposto aqui, e, assim o caminho reverso será visto cada vez mais agressivo no dia-a-dia destes hipervulneráveis.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi L. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada P. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar F. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Luiz Antonio R. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHMITT, Cristino H. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

# MITIGAÇÃO DO ACESSO À INTERNET BANDA LARGA FIXA: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS DA PROPOSTA DE ADOÇÃO DE FRANQUIAS NO PAÍS

<sup>1</sup>Ariadne Yurkin Scandiuzzi

<sup>2</sup>Bruno Ribeiro Oliveira de Almeida

## RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo uma reflexão sobre a possível mitigação da internet banda larga fixa no Brasil, proposta por determinadas prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia, com a anuência da Anatel, no início do ano de 2016, a fim de compreender os impactos e os aspectos legais do planejamento de franquias no uso do serviço.

## Palavras-chave:

Internet. Banda larga. Franquia.

---

1 Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Professora Universitária de Direito Empresarial, Financeiro e Tributário. Advogada formada pela PUC – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

2 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda UniFoa em Volta Redonda/RJ. Contato: bruno\_ribeiro\_1995@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A criação e a difusão da internet, com a presença das redes sociais, como *Facebook*, *WhatsApp*, dentre outras inovações, tornaram-se interações vistas como certas nos tempos modernos. O número de usuários que utilizam serviços de armazenamento na nuvem ou *streaming*, como o *Netflix*, também se destacam e crescem disparadamente a cada ano. Além disso, na advocacia, o acesso à internet tornou-se essencial para o exercício da profissão em razão da adoção do processo eletrônico.

Dessa forma, dedica-se o presente artigo na análise da possível mitigação da internet banda larga fixa no Brasil, proposta por determinadas prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia, com a anuência da Anatel, em 2016, a fim de compreender os impactos e a legalidade na adoção de franquias no uso do serviço.

## 2. ACESSO À INTERNET BANDA LARGA FIXA

Para melhor compreensão da problemática analisar-se-á quais são as infraestruturas que permitem o acesso à internet, haja vista que, como se verá no decorrer da pesquisa, tal entendimento é fundamental, pois apenas uma das infraestruturas foi objeto de mitigação pelas operadoras.

O Serviço de Conexão à Internet banda larga fixa que permite o acesso à internet, trata-se, segundo Ericson Scorsim, de uma espécie do Serviço de Comunicação Multimídia, cujo a prestação do serviço necessita, obrigatoriamente, do uso de alguma das infraestruturas existentes no mercado.

Neste aspecto, faz-se necessário destacar que a conexão à internet pode ser realizada através das infraestruturas físicas, assim como, pelas infraestruturas sem fio. Todavia, o enfoque do presente artigo será destinado apenas ao acesso à internet de banda larga fixa ou física, haja vista que, conforme se verá nos capítulos subsequentes, as propostas de mitigação da banda larga realizadas pelas prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) foram destinadas à infraestrutura xDSL.

Dentre as diversas formas expressivas de infraestruturas físicas ou fixas para o acesso à banda larga, estão presentes o cabo-modem (redes de transmissão de TV), a xDSL (infraestrutura da telefonia fixa) e a fibra ótica.

No Brasil, segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), dos 25,89 milhões de usuários do Serviço de Comunicação Multimídia verificados em 2017, 13 milhões utilizam a infraestrutura xDSL, seguida da cabo-modem com 8 milhões de acessos. A fibra ótica, que hoje é reconhecida mundialmente como a melhor tecnologia de conexão está longe de representar a mais utilizada no país. A maioria das capitais do país já estão sendo cabeadas por essa tecnologia, porém, nas demais regiões do país, principalmente as regiões do Norte e Nordeste, não possuem acesso a fibra ótica.

Há que se observar também a representação do acesso à internet, conforme o entendimento de Augusto Lenhardt e Eliane Fontana, como um direito social, haja vista que a conexão à Internet não se trata apenas de um instrumento facilitador dos meios de comunicação, mas sim, uma forma de tornar o cidadão incluso nas decisões e informações que lhe afetam, principalmente nas que dizem respeito à publicidade dos atos do poder público, permitindo-lhe estar apto a exercer a cidadania num sentido amplo, educacional e político, ou seja, possibilita a cada cidadão, “o acesso amplo à informação, educação, cultura, capacitação profissional e melhores condições de inserção no mercado de trabalho” (LENHARDT; FONTANA, 2016, p. 07).

Neste sentido, defendem os autores, que a Internet se trata de um instrumento apto a auxiliar o cumprimento do evidenciado no preâmbulo da Carta Magna, que visa a instituição de um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade [...]” (LENHARDT; FONTANA, 2016, p. 07). Ademais, a Constituição também aduz que são direitos sociais, dentre outros, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia” (LENHARDT; FONTANA, 2016, p. 07), que devem ser compreendidos, na visão de José Afonso da Silva, como:

*[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA apud LENHARDT; FONTANA, 2016, p. 07).*



Neste contexto, há que se observar a presença do acesso à internet na perspectiva histórica de entendimento dos direitos humanos, cujo o jurista Karel Vasak as dividiu em gerações, termo também utilizado por outros doutrinadores, porém, utilizar-se-á no presente estudo, o entendimento adotado pelo jurista Antônio Carlos Wolkmer, o qual classifica o rol dos direitos fundamentais, segundo sua natureza e historicidade, em cinco dimensões:

*Os direitos de primeira dimensão seriam os direitos civis e políticos, os quais tinham como objetivo reduzir a interferência do Estado na vida privada. São acrescidos a estes os de segunda dimensão que seriam os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade. Sem a supressão dos anteriores foram acrescentados os de terceira dimensão que seriam os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos ou direitos de solidariedade. Os de quarta dimensão poderiam ser considerados os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. E por final, os de quinta dimensão seriam os “novos” direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. Ressalta-se que a classificação acima não é estanque, ou seja, os direitos acima mencionados se comunicam e se complementam, inclusive, admitindo a inclusão de novos direitos e dessa classificação podem derivar diversos tipos de Direitos Fundamentais, aos quais reclamam outros direitos como Direito de Acesso à Justiça e a garantia do Devido Processo Legal (MEDEIROS, 2010, p. 11).*

Assim, os direitos da quinta dimensão, na visão do autor, refletem uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. Os impactos do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, dentre outros, refletem diretamente sobre o campo do Direito e a sociedade mundial.

Outros sim, defende o ex-senador Rodrigo Rollemberg que, em razão da natureza mutável do Direito, têm o legislador o dever de recepcionar na Carta Magna os novos direitos, haja vista que o acesso à Internet “se torna cada vez mais importante para a formação pessoal, intelectual e profissional de todos os cidadãos” (ROLLEMBERG, 2011).

Ressalta o jurista que a falta de acesso à internet representa, nos dias de hoje, um forte aliado à desigualdade social. Isso porque, a falta de acesso divide os cidadãos em duas classes: “aqueles que têm acesso às vastas oportunidades dadas pelas tecnologias de informação e comunicação do século XXI e aqueles que estão isolados das amplas perspectivas educacionais e profissionais do futuro” (ROLLEMBERG, 2011).

### **3. UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS DA PROPOSTA DE ADOÇÃO DE FRANQUIAS NO PAÍS**

O diagnóstico do Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, considerou também que a internet desempenha um papel central na sociedade, o qual representa instrumento essencial para construção de uma sociedade democrática.

Isto posto, devido à importância do acesso à rede, encontra-se em tramitação no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional n. 06 de 2011, de autoria do ex-senador Rodrigo Rollemberg, cujo objetivo é incluir, entre os direitos sociais já elencados no art. 6º da Constituição, “o direito ao acesso ágil à Rede Mundial de Computadores (Internet)” (ROLLEMBERG, 2011).

Outro ponto importante a se destacar é o Marco Civil da Internet (Lei 12.965 sancionada em de 23 de abril de 2014), que surgiu por meio do Projeto de Lei 2.126/11, de autoria do Poder Executivo, para “estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” (BRASIL, Lei 12.965/2014), se contrapondo às iniciativas propostas na época, que privilegiavam o tratamento de crimes e proibições, como é o caso da Lei Carolina Dieckmann (12.737/12).

Dentre os principais pontos do projeto, a neutralidade de redes é quem necessita de maiores explicações para possibilitar ao leitor melhor compreensão do desenvolvimento da problemática observada nos capítulos subsequentes.

Isso porque, em regra geral, o conceito de neutralidade das redes “implica que as operadoras de telecomunicações não podem interferir na velocidade dos pacotes trafegados pela internet, priorizando certos tipos de conteúdo em detrimento de outros” (SCORSIM, 2016, p. 91). Todavia, faz-se necessário observar os limites da neutralidade de redes.

Na redação aprovada, há a previsão de que a Presidência da República regulamente situações de discriminação ou degradação do tráfego, o qual foi realizado por meio do Decreto n. 8.771/2016, porém, somente é permitido a degradação com o objetivo de resolver problemas técnicos ou priorizar serviços de emergência. A neutralidade diz respeito também, a necessidade de a conexão à rede ser realizada com proporcionalidade, transparência e de forma isonômica.

Além disso, discute-se também, sobre a interpretação da aplicação neutralidade das redes. Isso porque, na visão de Ericson M. Scorsim, a análise da neutralidade das redes, possui duas perspectivas.

Segundo o autor, a primeira perspectiva decorre da análise da compatibilidade do princípio da neutralidade da rede com modelos de cobrança dos serviços de conexão à internet conforme o volume de tráfego de dados. Conforme o artigo 10 do Decreto n. 8.771/2016, a discriminação de preços contra determinada classe de usuários ou aplicações de internet é vedada. Dispõe o artigo que:

*Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória (BRASIL, Decreto 8.771/2016).*

Por fim, a segunda perspectiva diz respeito a proibição dos prestadores de serviço de Internet realizarem acordos que priorizem certos tipos de conteúdo em detrimento de outros. Assim, não poderá, por exemplo, uma prestadora de serviço de Internet favorecer o tráfego de dados *WhatsApp* em detrimento do uso do *Netflix*.

Dando início a problemática da pesquisa, o polêmico tema “limitação da internet banda larga fixa” foi destaque nos veículos de informações nacionais, no início do ano de 2016, em decorrência das propostas de reformas pontuais nos contratos de internet banda larga fixa engendrados pelas principais operadoras, que juntas atendem 85,5% dos 25,5 milhões de clientes de banda larga fixa no Brasil, a saber, NET, Claro, Embratel, Vivo e Oi.

A operadora Vivo, por exemplo, com a anuência da Anatel, apresentou uma proposta em que os usuários da tecnologia *xDSL*, passa-

riam a estar sujeitos às franquias do plano de serviço que variam entre 10 GB e 130 GB, dependendo da velocidade da internet contratada. Após atingir o limite, o usuário teria a velocidade da internet reduzida ou interrompida.

O modelo de franquia na prestação do serviço de internet é diferente do praticado na maioria dos contratos, o qual se pactuava determinada velocidade de conexão e não se especificava nenhuma franquia. Entretanto, já existiam algumas empresas que exerciam esse modelo, como é o caso da *Zamix Multiplay Telecomunicações Ltda.*

Por esse motivo, iniciou-se a discussão de qual seria o impacto da limitação na vida dos consumidores, ou seja, se as propostas das operadoras suportariam as necessidades dos usuários de internet residenciais, comerciais e de outros estabelecimentos que utilizam o serviço, o qual serão analisadas no próximo subcapítulo.

O então presidente da Anatel, João Rezende, defendeu que a proposta de limitação é benéfica, com a mesma afirmativa de que com a atual infraestrutura presente no país faz-se necessário a limitação do serviço. “Nem todos os modelos cabem à ilimitação total do serviço, porque a rede não suporta” (PAYÃO, 2016), afirmou. Em coletiva, anunciou ainda que os usuários de jogos online são os culpados da necessidade de se criar as franquias de banda larga fixa, tendo em vista o grande de volume de banda consumido.

Contudo, a notícia não foi agradável para boa parte dos consumidores. Diante da posição sustentada pela Anatel e pelas prestadoras do serviço de internet em favor da mitigação da banda larga fixa, os usuários criaram a página “movimento internet livre” no *Facebook*, com cerca de 470 mil adeptos em 2016, destinada a se manifestar de forma desfavorável à nova proposta.

Dentre as publicações, a página divulgou uma petição *on-line* criada na plataforma Avaaz com o objetivo de impedir a concretização do modelo de fornecimento do serviço baseado em franquias de consumo, denominada “Vivo, GVT, Oi, NET, Claro, Anatel, Ministério Público Federal: Contra o Limite na Franquia de Dados na Banda Larga Fixa”, que conta com aproximadamente 1.640.000 assinaturas.

Além disso, em enquete realizada pelo DataSenado, 99% dos 608.470 internautas votaram contra a limitação de dados na internet banda larga fixa. Assim, é notório o inconformismo de boa parte dos

consumidores com relação as propostas de mitigação do consumo da internet.

No dia 18 de abril de 2016, após vasta repercussão da medida impopular adotada pelas operadoras, a Anatel, por meio da Superintendência de Relações com os Consumidores (SRC), publicou o Despacho nº 1/2016/SEI/SRC, o qual anunciou cautelarmente que determinadas empresas de SCM se abstenham de adotar em seus contratos “práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço [...]” (ANATEL, Análise nº 40/2016/SEI/OR).

Contudo, a determinação se perdurará somente até o cumprimento das condições impostas pela agência reguladora, que serão analisados no capítulo seguinte, cujo o prazo estabelecido para realização das condições fora, a princípio, de 90 dias.

Posteriormente, no dia 22 de abril de 2016, “em virtude de grande repercussão social, de modo a permitir ao Conselho Diretor analisar diretamente todas as manifestações a respeito do tema” (ANATEL, Análise nº 40/2016/SEI/OR), a Anatel, por meio do Acórdão nº 151/2016, alterou o prazo de 90 dias para prazo indeterminado, até ulterior decisão do Colegiado.

A Anatel, no dia 11 de novembro de 2016, iniciou um processo de consulta à sociedade para colher subsídios técnicos destinados a fundamentar a decisão da agência sobre as franquias de dados na banda larga fixa, cujo o prazo final para a apresentação dos subsídios foi estabelecido para o dia 30 de abril de 2017.

Todavia, no dia 12 de janeiro de 2017, o ministro Gilberto Kassab afirmou, em entrevista ao site Poder 360, que o governo e a Anatel estão negociando flexibilizações da franquia na banda larga fixa, o qual possibilita a criação de planos com o limite no uso de dados. O presidente da Anatel, Juarez Quadros, considerou a informação fornecida pelo ministro como “equivocada” e que “não há planos de adotar a franquia no curto ou médio prazo” (ESTADÃO, 2017).

No dia seguinte após a afirmação do ministro, o grupo de *hackers Anonymous* ameaçaram as autoridades do setor: “Acabou a novela. Ministro diz que haverá, sim, limite na internet fixa no Brasil. Chegou a

hora da internet dizer aos novos governantes quem é que manda. Não se atrevam.” (ESTADÃO, 2017).

Antes de iniciar-se o diagnóstico legal da proposta de mitigação da internet, cabe observar que, em razão da proposta do modelo de franquia na prestação do serviço de Internet, duas correntes formaram-se, quanto a interpretação da permissão ou proibição do uso de franquias para a banda larga fixa.

De um lado, a Anatel relatou, em defesa da proposta, que a facilidade das operadoras de Internet aplicarem a franquia de dados encontra-se presente na regulação setorial, representada pelo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, em seu artigo 63, *in verbis*:

*Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:*

*[...]*

*III - franquia de consumo, quando aplicável (ANATEL, Resolução 614/2013).*

Ademais, o Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações, também dispõe sobre a franquia de banda larga fixa, *in verbis*:

*Art. 62. A Prestadora deve fornecer relatório detalhado dos serviços e facilidades prestados, em ordem cronológica, a todos os seus Consumidores, em espaço reservado em sua página na internet e, mediante solicitação, por meio impresso, incluindo, quando aplicável, no mínimo, as seguintes informações:*

*[...]*

*VII - o volume diário de dados trafegados;*

*VIII - os limites estabelecidos por franquias e os excedidos;*

*Art. 80. O Consumidor deve ser comunicado quando seu consumo se aproximar da franquia contratada.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às Prestadoras de Pequeno Porte (ANATEL, Resolução 632/2014).*

Há que se ressaltar que o Serviço de Comunicação Multimídia, é prestado em regime privado e, segundo Ericson M. Scorsim, a LGT, ao dispor sobre os serviços prestados em regime privado, como é o caso do SCM, prevê, no artigo 128, inciso I, que a Anatel, para atribuir condicionamentos administrativos às empresas privadas, deverá assegurar que “a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público” (BRASIL, Lei 9.472/1997). Outrossim, os preços dos serviços serão livres, ressalvadas as hipóteses de práticas comerciais prejudiciais à competição, bem como o abuso do poder econômico, conforme trata o artigo 129 da LGT. Assim, as operadoras podem adotar seus modelos de cobrança, seja em franquia ou em velocidade, desde que não sejam proibidas pelo Poder Público.

Todavia, embora defenda a adoção do modelo de franquia na prestação do serviço de Internet, a Anatel, conforme mencionado, impôs que determinadas prestadoras do SCM, não adotem, no âmbito dos seus contratos de adesão, práticas como redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço, até o cumprimento das condições impostas pela agência reguladora.

Isso ocorreu pois, segundo a Anatel, ainda que a regulamentação do SCM permita a faculdade das operadoras adotarem franquias, o RGC e o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) impõem condições para que tais cláusulas sejam admitidas.

Neste sentido, dispõe o Despacho Decisório nº 1/2016/SEI/SRC, que as operadoras devem cumprir, cumulativamente, as seguintes condições:

*[...] comprovem a colocação à disposição dos consumidores do acompanhamento do consumo do serviço, a notificação da proximidade do esgotamento da franquia, mecanismos de comparação de preços, explicações sobre o volume de eventual franquia de dados, orientar empregados e agentes credenciados responsáveis pelo atendi-*

*mento aos consumidores a respeito das condições prévias à contratação dos serviços (SCORSIM, 2016, p. 113).*

Assim, a Anatel, em virtude dessas condições, iniciou o processo de consulta à sociedade para colher subsídios técnicos destinados a fundamentar a decisão da Agência sobre as franquias de dados na banda larga fixa, cujo o prazo final para a apresentação dos subsídios foi estabelecido para o dia 30 de abril de 2017.

Em sentido oposto ao parecer favorável ao modelo de franquias para a prestação do Serviço de Conexão à Internet da Anatel, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e outros doutrinadores, defendem que a limitação da banda larga fixa fere a Constituição Federal, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor.

Nessa perspectiva, no dia 14 de abril de 2016, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) ajuizou uma Ação Civil Pública contra os maiores provedores de internet do Brasil para barrar a fixação de limite de tráfego de dados nos serviços de banda larga fixa, proposta na Justiça de Brasília – Distrito Federal (9ª Vara Cível - processo nº 2016.01.1.041963-3).

Na ação, argumenta que a alteração pretendida pelas prestadoras do serviço de internet é abusiva e arbitrária, correspondendo à prática vedada por força do art. 39, incisos V e X, do CDC, que assim dispõe:

*Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

*[...]*

*V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;*

*[...]*

*X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (BRASIL, Lei 8.078/1990).*



Dessa forma, defende o Idec que tal dispositivo é violado tendo vista que outrora da proposta do modelo de franquia de dados, não havia qualquer limitação nesse sentido. Assim, a inclusão de novas cláusulas, cujo a alteração prevê que as operadoras poderão cobrar um valor elevado aos usuários que consomem maior volume de banda, sem qualquer alteração positiva ao consumidor no valor cobrado pelo serviço, torna-se excessivamente onerosa.

Com relação a elevação do preço, salienta que “não há notícias de qualquer estudo publicado justificando a necessidade de tal alteração” (IDEC, 2016), ou seja, o argumento utilizado pela Anatel com relação a infraestrutura não se sustenta pela inexistência de justificativas.

Outrossim, na concepção do Idec, os modelos que a operadora Vivo disponibilizou em seu site, o qual o usuário, após atingir o limite da franquia teria a velocidade da internet reduzida ou interrompida, violam o disposto no art. 7º, IV do Marco Civil, bem como no art. 51, do CDC, devendo assim, serem consideradas nulas e conseqüentemente afastadas.

O art. 7, IV do Marco Civil da Internet dispõe que:

*Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*

*[...]*

*IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização (BRASIL, Lei 12.965/2014);*

À vista disso, sustenta o Idec que o legislador somente permitiu a suspensão da conexão a Internet em razão de débito, haja vista que elevou o acesso à Internet ao patamar de serviço essencial ao exercício da cidadania. Logo, a proposta do modelo de franquia viola ao contemplado no inciso IV do supracitado artigo.

Há que se observar que na visão de Claudio Pacheco Prates Lammachia, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), inegável a competência da Anatel para realizar a regulamentação do SCM, porém, em consequência de o Marco Civil da Internet ter entrado em vigor no ano de 2014 e a Resolução 613 da Anatel, que regulamenta

o Serviço de Comunicação Multimídia, ter sido editada em 2013, tem-se que considerar que:

*Embora a citada Resolução tenha sido editada em 2013 não houve, no ponto, conformação de seus termos à nova legislação do Marco Civil, razão pela qual as prestadoras não podem, unilateralmente, alterar os contratos em curso de modo a restringir, suspender ou cancelar o serviço na hipótese da utilização ultrapassar o pacote de dados contratado.*

[...]

*Referido normativo não se sobrepõe a lei, tampouco se admite que esteja em confronto com o microssistema de defesa do consumidor (Lei Federal n- 8.078/90), pelo que as condições impostas por essa r. Agência acabam por cancelar medidas vedadas pela lei e impossibilitam o acesso à internet, tido como serviço essencial ao exercício da cidadania (OAB, 2016).*

Ainda no tópico pertinente aos que defendem a proibição da adoção de franquias de dados, dispõe o art. 51, IV, X, XIII do Código de Defesa do Consumidor:

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

[...]

*IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

[...]

*X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;*

[...]

*XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; (BRASIL, Lei 8.078/1990)*

Com relação ao inciso IV, de acordo com o Procedimento Preparatório nº 08190.054922/16-44, assinado por Paulo Roberto Binicheski, as práticas de mercado de redução das franquias de dados nos novos planos de Internet de banda larga são danosas aos consumidores:

*O consumidor médio não possui condições de avaliar se seu uso de internet consome muita ou pouca banda de dados disponível no eventual plano a ser contratado. A prática do mercado é o consumidor de internet fixa adquirir velocidade e não pista nas “infolias da informação”. É possível afirmar que na hipótese de o consumidor passar a ter preocupação com os dados que circula em sua rede, fatalmente levará a uma diminuição do uso da internet, seja por medo de consumir sua franquia, seja por receio de ficar com acesso a determinados serviços que mais consome. (...) O que se percebe é a preparação do terreno para mais uma gigantesca violação dos direitos dos consumidores brasileiros (BINICHESKI, 2016).*

No que diz respeito ao inciso X, sustenta o Idec que:

*[...] ao incluir uma nova variante no serviço contratado, sem alteração dos valores por isto cobrados, ou ainda, exigindo a contratação de novo pacote de dados quando da interrupção para que o consumidor continue tendo acesso à internet, o que claramente não ocorreria anteriormente, estão as Rés fixando, ainda que indiretamente, a variação unilateral do preço do serviço, incidindo, assim, no óbice do inciso X do artigo 51, do CDC (IDEC, 2016).*

Na concepção de Ericson M. Scorsim, com relação ao inciso XIII do referido artigo, os novos planos propostos pelas operadoras não poderão atingir os contratos antigos, haja vista que caso seja realizado, considerar-se-á modificação unilateral das prestadoras do Serviço de Conexão à Internet:

*[...] em relação aos contratos antigos de conexão à internet, fundamentados na cláusula de pacote ilimitado de consumo de dados, a prestadora do serviço de conexão à internet vincula-se ao contrato originário. Portanto, a mudança da forma de cobrança pela franquia é, em tese, possível para contratos novos, desde que comunicado previamente o consumidor a respeito do plano de serviços de internet banda larga fixa (SCORSIM, 2016, p. 115).*

Em análise ao disposto na Constituição Federal, Augusto Lenhardt e Eliane Fontana apontam que ao se regulamentar em favor do modelo de franquias de acesso à Internet fragiliza-se os direitos constitucionais dos usuários, como por exemplo, os direitos sociais como a educação e o trabalho.

Neste diapasão, o Ensino a Distância (EAD) no Brasil representa 25% das matrículas de ensino superior e, de acordo com as estimativas do diretor-executivo de operações de ensino a distância da Estácio Participações, Pedro Graça, essa fatia poderá alcançar 45% das matrículas nos próximos 5 anos, em virtude da flexibilidade aos estudantes e a menor onerosidade.

Todavia, a base do ensino a distância ocorre por meio dos conteúdos digitais, tais como vídeo aulas online, fóruns online e videoconferência. Aplicar o modelo de franquias de dados, na visão Augusto Lenhardt e Eliane Fontana, “seria uma violação clara aos direitos fundamentais e sociais do brasileiro, além de prejuízo ao erário, considerando os sólidos investimentos do Governo em políticas públicas de inclusão digital [...]” (LENHARDT; FONTANA, 2016, p. 13).

Em que pese as contradições acerca do tema, há também os serviços como o *Youtube* e a *Steam*, classificados como *Over-the-Top content* (OTT), definido por Vítor Fonseca Soares como: “Aplicações de internet oferecidas por empresas não prestadoras de serviços de telecomunicações que se utilizam da infraestrutura de conexão à internet existente para disponibilizar determinado conteúdo ou serviço” (SOARES, 2016).

Primeiramente, faz-se necessário observar que os serviços OTT, não se sujeitam à regulamentação da Anatel, haja vista que não se tratam de serviços de telecomunicações, porém, “muitas vezes os serviços oferecidos pelas OTT competem diretamente com serviços oferecidos pelas prestadoras de comunicações” (SOARES, 2016), como é o caso do *WhatsApp* em chamada de voz que corresponde com a prestação de serviços de ligação telefônica e a *Netflix*, que concorre com o serviço de televisão por Assinatura. No artigo “Abuso de posição dominante: o

caso da limitação de dados de internet e os interesses ocultos na Anatel” (MACHADO, 2016), Helden Sobrosa Machado defende que limitar o acesso à internet é combater a concorrência com os serviços OTT justamente por este último competir diretamente com os serviços prestados pelas operadoras de Internet. Assim, a limitação do acesso à internet configuraria como um abuso de posição dominante, pois a infraestrutura essencial é a rede de distribuição do acesso à internet que é controlada por uma agência reguladora (Anatel) e por 4 principais *players* (Vivo, Oi, Net e Tim). Além disso, no ensinamento de Ericson M. Scorsim, o Serviço de Acesso à Internet também se tornou essencialidade funcional para a advocacia e os advogados, haja vista que em razão da inauguração do processo eletrônico, sem o acesso à rede, o advogado não é capaz de ingressar ou dar andamento em um processo, ou seja, a falta de acesso ou a deficiência do serviço de internet causa intensa repercussão para os advogados.

Por fim, Augusto Lenhardt e Eliane Fontana e outros doutrinadores, defendem ainda que a limitação do acesso à internet pelas franquias de dados também fere a neutralidade de redes, porém, conforme exposto no capítulo anterior, a aplicabilidade da neutralidade de redes é carregada de concepções ideológicas, por isso cabe observar que, há controvérsia quanto a esse entendimento.

Isso porque, segundo Ericson M. Scorsim, a Anatel, a operadora Vivo, dentre outros, entendem que o princípio da neutralidade de redes não possui como consequência a obrigatoriedade de as operadoras serem obrigadas a manter serviço de banda larga sem bloqueio, pois implica apenas em dizer que as operadoras não podem priorizar certos tipos de conteúdo em detrimento de outros, salvo às exceções mencionadas no capítulo anterior.

Assim, segundo a operadora Vivo, não há nenhum desrespeito à neutralidade da rede, já que o usuário poderá usar sua franquia da forma que desejar, sem nenhuma interferência ou restrição da operadora.

Com a possibilidade da permissão de planos que limitam o consumo da Internet banda larga fixa de acordo com o oferecido pelas operadoras, está em trâmite no Congresso Nacional um Projeto de Lei com o intuito de vedar a implementação da medida.

O inicialmente nomeado Projeto de Lei do Senado (PLS) 174, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, propõe inserir o inciso XIV no art.

7 no Marco Civil da Internet para proibir a implementação de planos de franquia que limitam o consumo de internet de banda larga fixa.

Posteriormente, no dia 15 de março de 2017, em razão do trâmite em regime de urgência determinado pelo Senado Federal, o PLS 174, foi aprovado pelo Senado e seguiu para análise da Câmara dos Deputados, cujo a nomenclatura foi alterada para Projeto de Lei (PL) 7182/2017. Todavia, até o momento da conclusão do presente artigo, não havia decisão sobre a PL.

#### **4. CONCLUSÃO**

Com base na proposta legislativa apresentada no auge da discussão da mitigação do uso da Internet banda larga fixa e com base em todos os dados que foram expostos até o presente momento, é possível tecer algumas conclusões, porém, longe de esgotar a discussão sobre o tema.

Preliminarmente, no que diz respeito ao entendimento da Anatel, Ericson M. Scorsim e outros doutrinadores que defendem que os usuários que consomem mais banda larga devem desembolsar um valor maior, o consumidor médio será quem, na realidade, arcará com os maiores prejuízos, como orienta Paulo Roberto Binicheski. Isso porque, aqueles que detêm menores condições financeiras, terão seu direito de acesso à Internet obstado por não conseguirem arcar com os custos das franquias com maior volume de banda.

Em suma, em meio as inovações tecnológicas, os consumidores médios não terão o devido acesso, conforme exposto, aos novos modelos de ensino, como o EAD, as atividades lazer, como *Youtube*, *Netflix*, bem como serão prejudicadas, também, determinadas profissões, como a advocacia, que utiliza o processo eletrônico.

Dessa forma, a adoção de franquias na Internet banda larga fixa irá agravar a desigualdade social, o oposto ao disposto na proposta de Emenda Constitucional nº 6/11, que alcança a Internet ao status de direito social, haja vista que se tornou fundamental na sociedade contemporânea.

Verifica-se que, se a Internet já estivesse presente dentre os direitos sociais, o qual é um direito fundamental, consagrados no art. 6º do

Constituição Federal, bem como observado o entendimento do jurista Antonio Carlos Wolkmer, que inclui a Internet como direito fundamental da quinta dimensão, não poderia sequer existir a discussão quanto a mitigação no uso da Internet, haja vista que se o legislador constitucional expressamente trouxesse o acesso à Internet como direito fundamental, não poderia o legislador infraconstitucional limitá-lo.

Além disso, considerando todos os impactos causados pelo surgimento das OTTs no mercado de telecomunicações, conforme o entendimento de Helden Sobrosa Machado, a admissão das franquias na internet banda larga fixa foram motivadas, implicitamente, por dois objetivos: I) restringir o uso das OTTs, principalmente aquelas que requerem um grande volume de banda, como o *streaming* de vídeo (*Netflix*, por exemplo), com o conseqüente controle da concorrência delas com os serviços prestados pelas operadoras; e II) auferir receitas indiretas à custa dos avanços das OTTs, haja vista que os usuários necessitarão de pacotes mais caros para manterem o consumo de banda larga fixa.

Importante observar que, no que diz respeito ao argumento da Anatel de que as infraestruturas atuais não irão suportar o volume de banda utilizado pelos usuários, não há pesquisas que apresentem dados que apontam tal necessidade, havendo tão somente, a afirmação de que não irão suportar, logo, o argumento não se sustenta, assim como afirmou o Idec.

Outrossim, o Brasil, atualmente, possui, segundo o IBGE, cerca de 207 milhões de habitantes, já o acesso à banda larga fixa possui em torno de 25 milhões de usuários. Tem-se assim, um serviço o qual o Marco Civil da Internet expressa ser essencial para o exercício da cidadania sequer beneficiando metade da população brasileira e com propostas de limitar o uso.

Desta feita, as propostas de franquias no uso da internet banda larga fixa, como orienta o Idec, são, a princípio, contrárias ao disposto no ordenamento jurídico pátrio, em razão de apresentarem notório descumprimento aos princípios e direitos constitucionais e dos consumidores brasileiros, bem como ao Marco Civil da Internet e tornam o direito de acesso à Internet, serviço essencial ao exercício da cidadania, obstado por interesse das empresas.

## REFERÊNCIAS

ANATEL. **Análise nº 40/2016/SEI/OR**: Despacho nº 1/2016/SEI/SRC. Diário Oficial da União. 08/06/2016. Disponível em: <[https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=iframe\\_documento\\_visualizar&id\\_publicacao\\_legacy=&id\\_documento=659399&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=iframe_documento_visualizar&id_publicacao_legacy=&id_documento=659399&id_orgao_publicacao=0)>. Acesso em 30/01/2017.

ANATEL. **Anatel suspende mudanças na banda larga fixa e exige mais transparência para acompanhamento da franquia**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1093-decisao-cautelar-suspende-reducao-da-velocidade-da-banda-larga-fixa-apos-termino-da-franquia-2>>. Acesso em 30/01/2017.

ANATEL. **Banda Larga - Acessos**. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/dados/index.php?option=com\\_content&view=article&id=269](http://www.anatel.gov.br/dados/index.php?option=com_content&view=article&id=269)>. Acesso em 12/07/2016.

ANATEL. **Tomada de subsídios sobre franquia de dados na banda larga fixa**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/groups/profile/895/tomada-de-subsidios-sobre-franquia-de-dados-na-banda-larga-fixa>>. Acesso em 30/01/2017.

BINICHESKI, Paulo Roberto. Ministério Público da União. **Procedimento Preparatório nº 08190.054922/16-44**. Disponível em: <[http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/fevereiro\\_2016/procedimento\\_internet\\_fixa.pdf](http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/fevereiro_2016/procedimento_internet_fixa.pdf)>. Acesso em 31/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 88. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06/02/2017.

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm)>. Acesso em 07/02/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 31/01/2017.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitu-



cional nº 8, de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em 31/01/2017.

BRASIL. **Marco civil da internet [recurso eletrônico]**: Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

ESTADÃO. **Anonymous ameaça governo por limite de banda larga fixa**. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,anonymous-ameaca-governo-por-limite-de-banda-larga-fixa,10000099939>>. Acesso em 13/02/2017.

FERRAÇO, Ricardo. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 174, de 2016**. Insere o inciso XIV no art. 7º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, para vedar a implementação de franquia limitada de consumo nos planos de internet banda larga fixa. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/125599>>. Acesso em 03/09/2016.

IBGE. **Nas duas últimas décadas houve uma queda substancial do tamanho da família**. Disponível em: <<http://teen.ibge.gov.br/biblioteca/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira.html>>. Acesso em 31/01/2017.

IDEC. **Idec entra na Justiça para barrar limite à banda larga fixa**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-entra-na-justica-para-barrar-a-banda-larga-fixa>>. Acesso em 31/01/2017.

KLEINA, Nilton. Tecmundo. **Como NET, Vivo e TIM estão cobrando o limite de franquia na internet fixa?** Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/internet/105564-net-vivo-tim-cobrando-limite-franquia-internet-fixa.htm>>. Acesso em 21/08/2016.

LENHARDT, Augusto; FONTANA, Eliane. Políticas públicas de acesso à internet: **A (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no país**. In: XII Seminário Nacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul: 2016. LENHARDT, Augusto; FONTANA, Eliane. Políticas públicas de acesso à internet: **A (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no país**. In: XII Seminário Nacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul: 2016.

MACHADO, Hendel Sobrosa. Academia. **Abuso de posição dominante: o caso da limitação de dados de internet e os interesses ocultos na Anatel**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/24638159/ABUSO\\_DE\\_POSI%C3%87%C3%83O\\_DOMINANTE\\_O\\_CASO\\_DA\\_LIMITA%C3%87%C3%83O\\_DE\\_DADOS\\_DE\\_INTERNET\\_E\\_OS\\_INTERESSES\\_OCULTOS\\_NA\\_ANATEL](http://www.academia.edu/24638159/ABUSO_DE_POSI%C3%87%C3%83O_DOMINANTE_O_CASO_DA_LIMITA%C3%87%C3%83O_DE_DADOS_DE_INTERNET_E_OS_INTERESSES_OCULTOS_NA_ANATEL)>. Acesso em 30/01/2017.

MEDEIROS, Claudio Melquiades. **Os direitos fundamentais e a atuação do magistrado: Neoconstitucionalismo e Garantismo Jurídico**. 2006. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Do Vale Do Itajaí, 2006.

OAB. **OAB requer à Anatel suspensão de resolução que fere Marco Civil da Internet.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/51514/oab-requer-a-anatel-suspensao-de-resolucao-que-fere-marco-civil-da-internet>>. Acesso em 31/01/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A report by the broadband commission for digital development.** Disponível em: <<http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2015.pdf>>. Acesso em 23/01/2017 apud LENHARDT, Augusto; FONTANA, Eliane. **Políticas públicas de acesso à internet: A (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no país.** In: XII Seminário Nacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul: 2016.

PAYÃO, Felipe. Tecmundo. **Presidente da Anatel culpa quem joga online por limite na internet fixa.** Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/103856-voce-joga-games-online-segundo-anatel-culpa-corte-internet.htm>>. Acesso em: 22/03/2017.

ROLLEMBERG, Rodrigo. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2011.** Altera o art. 6.º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>>. Acesso em 31/01/2017

SCHINCARIOL, Juliana. Exame. **Ensino a distância no Brasil pode dobrar em 5 anos.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/ensino-a-distancia-no-brasil-pode-dobrar-em-5-anos/>>. Acesso em: 31/01/2017.

SCORSIM, Ericson Meister. **Direito das Comunicações: telecomunicações, internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura.** 1. ed. Curitiba: edição do autor, 2016, p. 117.

SCORSIM, Ericson Meister. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (ReDAC).** Ano 3, n. 21, Novembro-Dezembro de 2015.

SENADO FEDERAL. **Em enquete do DataSenado, 99% votam contra limitação de dados na internet de banda larga fixa.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/16/em-enquete-do-datasenado-99-votam-contralimitacao-de-dados-na-internet-de-banda-larga-fixa>>. Acesso em 21/08/2016.

SENADO FEDERAL. **Senado aprova projeto que proíbe limitação de dados na internet fixa.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/15/senado-aprova-projeto-que-proibe-limitacao-de-dados-na-internet-fixa>>. Acesso em: 17/03/2017.

SILVA, Sivaldo Pereira da; BIONDI, Antonio (Org.). **Caminhos para a universalização da Internet banda larga: experiências internacionais e desafios brasileiros.** 1. ed. São Paulo: Intervezes, 2012.

SOARES, Vítor Fonseca. Consultoria Legislativa. **Franquias na internet fixa e OTTs**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema1\\_1/2016\\_7218\\_franquias-na-internet-fixa-e-otts\\_vitor-fonseca-soares](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema1_1/2016_7218_franquias-na-internet-fixa-e-otts_vitor-fonseca-soares)>. Acesso em 30/01/2017.

VIVO. **Franquia banda larga fixa - Perguntas & Respostas**. Disponível em: <[https://www.vivo.com.br/portalweb/appmanager/env/web?\\_nfls=false&\\_nfpb=true&\\_pageLabel=P10920025171460743457730#](https://www.vivo.com.br/portalweb/appmanager/env/web?_nfls=false&_nfpb=true&_pageLabel=P10920025171460743457730#)>. Acesso em 21/08/2016.

# A TERCEIRIZAÇÃO NA UFF: REFLEXÕES SOBRE A PRECARIZAÇÃO E A PERDA DA DIGNIDADE DO TRABALHO

<sup>1</sup>Ana Carolina Reis

<sup>2</sup>Catharina Marinho Meirelles

<sup>3</sup>Kevin Drumond Viana

## RESUMO:

Diante do processo de terceirização nas Instituições de Ensino Superior (IES), objetiva-se discutir a dignidade do trabalho como um direito fundamental em contraposição às práticas de precarização do trabalho terceirizado na UFF. Usou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, em que, a partir dos resultados, pode-se inferir que o aumento do processo de terceirização na UFF se contrapõe ao seu papel e a seu compromisso social.

## PALAVRAS-CHAVE:

Trabalho. Terceirização. Educação. Direito fundamental. UFF.

---

1 Discente do Curso de Psicologia na UFF e membro da Rede Universitas/Br. [ana\\_reis@id.uff.br](mailto:ana_reis@id.uff.br)

2 Docente do Curso de Psicologia na UFF e membro da Rede Universitas/Br; coordenadora do grupo de pesquisa "Trabalho Terceirizado na Universidade: O Caso da UFF." [catme@uol.com.br](mailto:catme@uol.com.br)

3 Discente do Curso de Psicologia na UFF e membro da Rede Universitas/Br. [vianadrumondkevin@gmail.com](mailto:vianadrumondkevin@gmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho é central para a vida humana. Seja qual for o período, não há registro de sociedade humana que não tenha surgido e se perpetuado a partir da própria atividade laboral. Conforme Marx, o trabalho é a “condição de existência do homem, independente de todas as formas sociais, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza, portanto, da vida humana” (MARX, 2013, p. 120).

Uma vez que o trabalho possui tal centralidade, a sua defesa enquanto um direito humano fundamental é imprescindível. No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 e a Constituição Federal brasileira (CF), de 1988 (em alguns de seus dispositivos), versam sobre o trabalho e sobre as condições em que este deveria ser desenvolvido no país. No âmbito internacional, outros documentos foram produzidos, sobretudo por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que consolidam um conjunto de considerações em torno da questão do trabalho e suas garantias.

No atual modo de produção, onde reina uma “enorme coleção de mercadorias” (MARX, 2013, p. 113), a própria força de trabalho é uma mercadoria. Se na gênese do capitalismo, marcadamente a Revolução Industrial do século XIX, havia exploração massiva e intensa do trabalho, no cenário atual, a realidade continua cruel, ainda que assuma novas feições. A reestruturação produtiva, mediante o ímpeto da flexibilização das relações de trabalho e do suposto desenvolvimento econômico dos países, acarretou fortes transformações no mundo do trabalho.

Por outro lado, se no advento do capitalismo, havia a preponderância do chamado trabalho material, atualmente, parece haver uma tendência para o trabalho considerado imaterial, em que os resultados não são, necessariamente, tangíveis e palpáveis. Atualmente, a *classe-que-vive-do-trabalho* compreende todos aqueles sujeitos que “vendem sua força de trabalho em troca de salário, incorporando, além do proletariado industrial, os assalariados do setor de serviços” (ANTUNES, 2009, pp. 103-104).

No bojo destas transformações, é possível destacar, como uma referência da precarização em que o trabalho se encontra o processo de terceirização que, ultimamente, tem se tornado objeto de análise e crítica nos mais variados meios acadêmicos. Conforme Borges & Druck (1993), a terceirização é um processo em que as “empresas externali-

zam parte das atividades necessárias ao processo produtivo, transferindo-as para outras empresas ou [...] para trabalhadores autônomos (consultores etc) através, principalmente, da subcontratação de serviços” (BORGES & DRUCK, 1993, p. 1). Em outras palavras, a terceirização é “a relação na qual o trabalho é realizado por uma empresa, mas contratado de maneira imediata por outra” (MARCELINO & CAVALCANTE, 2012, p. 338).

O trabalho terceirizado será discutido no presente artigo, tomando como referência a pesquisa em andamento na Universidade Federal Fluminense (UFF) em que, por meio de levantamento de dados documentais, busca-se discutir como que a flexibilização das relações de trabalho está entrelaçada a um modo de dominação do trabalhador pelo capital.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 A centralidade do trabalho**

O trabalho é ontológico, visto que ele possui a capacidade de criar a própria espécie humana. Conforme Engels (2012, p. 19), o trabalho é “a condição básica e fundamental de toda a vida humana. E em tal grau que, até certo ponto, podemos afirmar que o trabalho criou o próprio homem”. De acordo com Marx (2013, p. 120), o trabalho é:

*uma atividade produtiva especial, direcionada a um fim, que adapta matérias naturais específicas a necessidades humanas específicas. Como criador de valores de uso, como trabalho útil, o trabalho é, assim, uma condição de existência do homem, independente de todas as formas sociais, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza, portanto, da vida humana. (MARX, 2013, p. 120)*

A tese central deste trecho é a concepção do trabalho como um metabolismo entre o homem, enquanto espécie animal, e a natureza; portanto, como um ato imprescindível ao próprio nascimento das sociedades eminentemente humanas. Além disso, por meio de tal passagem, é possível salientar mais dois aspectos concernentes ao trabalho: o teleológico e o trans-histórico. No que diz respeito a esta característica,

basta ater-se às distintas e inúmeras formas sociais, pouco importando se elas possuem maior ou menor complexidade. Seja nas sociedades primitivas, asiáticas, escravistas, feudais ou capitalistas, o ser humano sempre esteve num processo de mediação com o mundo através do trabalho. No que tange àquela, isto é, a teleologia, o trabalho é uma ação consciente na natureza, uma vez que o ser humano possui controle sobre ela. De acordo com Marx (2013, pp. 255-256), esse âmbito diferencia qualitativamente os trabalhos humano e animal, já que:

*Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e uma abelha envergonha muitos arquitetos com a estrutura de sua colmeia. Porém, o que desde o início distingue o pior arquiteto da melhor abelha é o fato de que o primeiro tem a colmeia em sua mente antes mesmo de construí-la com a cera. No final do processo de trabalho, chega-se a um resultado que já estava presente na representação do trabalhador no início do processo, portanto, um resultado que já existia idealmente” (MARX, 2013, pp. 255-256)*

## **2.2 O trabalho no modo de produção capitalista**

O capitalismo tem aviltado o trabalho cada vez mais, como parece ser de sua própria natureza. Nos modos de produção anteriores, os trabalhos possuíam suas particularidades, promovendo inclusive a fartura das classes dominantes – vide Feudalismo, no qual os servos e os camponeses viviam a trabalhar, sustentando os privilégios clericais e reais. Entretanto, diferentemente dos modos de produção anteriores, no capitalismo o trabalho é compreendido de forma mercadológica, visto que nele há uma:

*produção de mercadorias, orientada para o mercado; propriedade privada dos meios de produção; um grande segmento da população que não pode existir, a não ser que venda sua força de trabalho no mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico (HUNT e LAUTZENHEISER, 2013, p.2)*

O próprio Marx (2013, p. 113), na primeira frase d'*O Capital*, descreve o capitalismo como uma “enorme coleção de mercadorias” – e a força de trabalho é uma delas, a mais especial, pois é a única capaz de

gerar mais-valor. Mas o trabalho, em Marx (2013, p. 116), é considerado em sua forma social, já que é:

*(...) a força de trabalho conjunta da sociedade, que se apresenta nos valores do mundo das mercadorias, vale aqui como uma única força de trabalho humana, embora consista em inumeráveis forças de trabalhos individuais. Cada uma dessas forças de trabalho individuais é a mesma força de trabalho humana que a outra, na medida em que possui o caráter de uma força de trabalho social média e atua como tal força de trabalho social média; portanto, na medida em que, para a produção de uma mercadoria, ela só precisa do tempo de trabalho em média necessário ou tempo de trabalho socialmente necessário. Tempo de trabalho socialmente necessário é aquele requerido para produzir um valor de uso qualquer sob as condições normais para uma dada sociedade e com um grau social médio de destreza e intensidade do trabalho (MARX, 2013, p. 116)*

Assim, deve-se considerar o trabalho como forma social e fonte de valor, não de modo individualizado. Este reconhecimento enfatiza a necessidade de se olhar para o trabalho enquanto uma atividade social, como algo que é vívido e (re) produzido num coletivo: a classe trabalhadora. Isto é, o próprio caráter ontológico do trabalho está inserido num senso de coletividade, a própria atividade laboral é relacional, tanto com a natureza quanto com os seres humanos.

### **2.3 O trabalho como direito humano fundamental**

Se a “história do ser social, que define a sua ontologia, começa com a produção e a reprodução da própria vida” (DEL ROIO, 2015, p. 161), o trabalho é imprescindível à existência humana. Assim, a defesa do direito ao trabalho como um direito humano fundamental se torna necessária. Segundo Cenci e Frantz (2012):

*Na condição de direito, o trabalho está institucionalizado, em âmbito nacional, pela Constituição Federal, e internacionalmente, por documentos declaratórios de direitos elaborados após a instituição da Organização das Nações Unidas - especificamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais, de 1966. O direito ao trabalho se justifica*



*tanto pela centralidade que a atividade possui para a vida humana, como pelo fato de consistir num meio de obtenção de recursos financeiros - indispensáveis, na sociedade capitalista, para assegurar o mínimo de dignidade material (CENCI & FRANTZ, 2012, p. 825)*

No âmbito nacional, em 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), “que representou a codificação de todas as leis trabalhistas e sindicais editadas até aquele período, ou seja, a reunião da maior parte da legislação social de proteção ao trabalhador” (CASTRO, 2010, p. 90). Posteriormente, a Constituição Federal brasileira de 1988 representou um avanço progressista no cenário jurídico e político do Brasil, já que o país passara por tempos difíceis, marcados pela forte repressão estatal controlada pelos militares. Embora a Carta Magna não tenha significado uma ruptura com a ideologia liberal – por exemplo, quando ela garante o direito à propriedade privada em seu inciso II do artigo 170 -, foram muitos os progressos no sentido social do termo que ela alcançou. A questão em torno do trabalho é um exemplo, sendo identificado em vários momentos enquanto um direito. Em seu título I, artigo 1º, inciso IV, tem-se o trabalho como um valor social (CONSTITUIÇÃO, 1988, p. 11). Posteriormente, em seu título II, capítulo II, artigo 6º, tem-se o trabalho como um direito social (CONSTITUIÇÃO, 1988, p. 11). Mais adiante, em seu título VII, capítulo I, artigo 170, tem-se a valorização do trabalho humano (CONSTITUIÇÃO, 1988, p. 109).

No âmbito internacional, por sua vez, a principal entidade que trata das questões em torno do trabalho é a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata de um número substantivo de particularidades, como o trabalho Decente, o trabalho infantil, o trabalho escravo e forçado, o trabalho de mulheres etc. Conforme sua apresentação oficial, a OIT:

*tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. O Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das*

Assim, é possível perceber que não está colocada somente a preocupação com o trabalho em si, mas o trabalho decente e digno. Ademais, há uma relação intrínseca entre o direito ao trabalho e as mínimas condições necessárias para uma vida digna. Contudo, no cenário atual, tanto as considerações da Constituição de 1988 quanto as da OIT são meras abstrações, constituindo-se em puras formalidades, pois a realidade da classe trabalhadora tem sido vilipendiada cotidianamente.

## **2.4 A classe-que-vive-do-trabalho, a reestruturação produtiva e a terceirização**

Druck (1996, p. 24) comenta que a mentalidade global “oculta às responsabilidades sociais e políticas e acaba por naturalizar os fatos sociais”. Logo, o cenário globalizado pode ser catalogado como um aparato de mudanças estruturais, o qual corrobora com a construção de sociedade baseada nos aspectos de retórica economicista, cujas ações são relacionadas à tonificação da complexidade e competitividade nas organizações, além de dispor de certa conformidade frente às flexibilizações que estariam por vir. Ao analisar o cenário globalizado e seus impactos no mundo do trabalho, pode-se fazer alusões sobre as consequências da globalização no quesito da má distribuição de trabalho e riquezas e as respectivas políticas engendradas no neoliberalismo que sustentam relações de trabalho gradativamente mais precarizadas nas formas de flexibilização.

A partir da globalização, portanto, a humanidade é inserida em uma realidade técnica, econômica e social a qual está em constante transformação. Em meados dos anos 1980, a humanidade se depara com uma nova concepção de capitalismo. O capitalismo produtivo dá lugar ao capitalismo especulativo, caracterizado pela complexidade de processos e pela fusão do capital de juros e capital industrial. O processo de produção de riquezas é substituído, em partes, pelo processo de apropriação de riquezas. Esse movimento acaba por fortalecer desigualdades, consolidando a centralização de riquezas e conseqüentemente, o desemprego estrutural. Ainda nesta mesma linha de considerações, Druck (2012, p. 38) institui que há “uma evolução da esfera financeira, que passou a determinar todos os demais empreendimentos do capital,

subordinando a esfera produtiva e contaminando todas as suas práticas e modos de gestão do trabalho”.

Todavia, antes de tecer quaisquer comentários acerca do que o atual mundo do trabalho relega aos trabalhadores, é necessário explicitar o que se entende por classe trabalhadora. Antunes (2009), reivindicando as noções e categorias marxianas para uma melhor compreensão da realidade, especialmente o mundo do trabalho, propõe a ampliação e a atualização do conceito de “classe trabalhadora”. Segundo o autor, a *classe-que-vive-do-trabalho*:

*inclui, então, todos aqueles e aquelas que vendem sua força de trabalho em troca de salário, incorporando, além do proletariado industrial, dos assalariados do setor de serviços, também o proletariado rural, que vende sua força de trabalho para o capital. Essa noção incorpora o proletariado precarizado, o subproletariado moderno, part time, o novo proletariado dos McDonald's, os trabalhadores hifenizados de que falou Beynon, os trabalhadores terceirizados e precarizados das empresas liofilizadas de que falou Juan José Castillo, os trabalhadores assalariados da chamada “economia informal”, que muitas vezes são indiretamente subordinados ao capital, além dos trabalhadores desempregados, expulsos do processo produtivo e do mercado de trabalho pela reestruturação do capital e que hipertrofiam o exército industrial de reserva, na fase de expansão do desemprego estrutural (ANTUNES, 2009, pp. 103-104)*

Ligado às constantes mutações do mundo do trabalho, mais diversificado do que aquele do século XIX, faz parte também da classe trabalhadora, os sujeitos que trabalham no setor de serviços (terceiro setor), segmento em expansão no capitalismo contemporâneo. Esses novos trabalhos começam a surgir, sobretudo, a partir da década de 1970, com advento da Reestruturação Produtiva. Conforme Druck (1996), ela se caracteriza pelo:

*(...) processo de reorganização e reconversão dos vários setores, com grandes investimentos na indústria de ponta (informática, química fina, novos materiais, biotecnologia, telecomunicações); reconversão em setores dinâmicos (automobilística, máquinas, equipamentos e petroquímica); declínio de setores tradicionais (siderurgia,*

*têxteis, etc.) e privatização de setores estratégicos (energia, petróleo, etc.) (...) No plano mais geral da atividade econômica, se consubstancia na introdução de novos padrões de gestão/organização do trabalho e da produção, através da generalização do Modelo Japonês (a exemplo da Qualidade total e Terceirização) e da implementação de novas tecnologias de base microeletrônica (automação informatização). (DRUCK, 1996, pp. 27-28)*

Na inércia dessa conjuntura, a reestruturação produtiva se faz presente atuando na tonificação da construção de corpos propícios para serem mobilizados sob a égide do discurso neoliberal. Deste modo, o paradigma de gestão nas organizações se transfigurou de um modelo linear e estável oriundo do modelo fordista para a gestão de transformação, caracterizada pelo seu caráter gerencial e adaptativo frente aos estímulos internos e externos das empresas. Concomitantemente, o trabalhador deixa de ser responsabilidade do Estado e da empresa em que reside e passa a ser gestor de si, o que compactua cada vez mais com o estabelecimento de corpos flexíveis e individualizados que se adequam a esse modo gestão, e também fortifica a questão do desamparo na contemporaneidade.

Mandelbaum (2017) complementa que:

*Há uma perda da representatividade e um enfraquecimento dos sindicatos em função da heterogeneização dos vínculos de trabalho (terceirização, prestação de serviços, trabalho temporário, trabalho em tempo parcial), como uma fragmentação profissional [...] uma vez que os espaços de trabalho estão atualmente estruturados ao redor de funções e não de profissões, fenômeno que se torna difícil e a identificação dos trabalhadores entre si e inviabiliza a sua organização de algo em comum. (MANDELBAUM, 2017, p. 20)*

Portanto, é nesse contexto que se destaca a “flexibilização do trabalho, em suas mais variadas formas, enquanto base de sustentação e ajuste às novas exigências do mercado” (DRUCK, 1996, p. 28). Uma importante ocorrência desse contexto é a perda de força por parte das representações dos trabalhadores, na qual a conversa direta entre o trabalhador e o patrão ganhou a tônica de uma relação moderna, supostamente melhor para ambos os lados. Nesse sentido, o modo histó-

rico no qual os grandes sindicatos travavam luta contra os empresários, fornecendo “aos operários alguns meios de resistência nas suas lutas contra os excessos do capitalismo” (ANTUNES, 1979, p. 14), foi perdendo espaço paulatinamente. Ademais, herdeiros do Iluminismo e da Revolução Francesa, a contemporaneidade é baseada na crença de que há uma relação igual entre os membros da sociedade, visto que o direito corrobora com tal concepção. Assim:

*O sujeito jurídico é, por conseguinte, um proprietário de mercadorias abstrato e transposto para as nuvens. A sua vontade, juridicamente falando, tem o seu fundamento real na vontade de alienar, na aquisição, e de adquirir, na alienação. Para que tal desejo se realize, é indispensável que haja mútuo acordo entre os desejos dos proprietários de mercadorias. Juridicamente esta relação aparece como contrato, ou como acordo, entre vontades independentes (PACHUKANIS, 1988, p. 78)*

Desta forma, há uma pacificação entre as forças consideradas opostas do capital/trabalho dentro da crença ilusória na igualdade entre capitalista e trabalhador. A exploração do último tem aumentado significativamente, sendo atualmente a terceirização o exemplo mais emblemático deste processo que tem comprometido a dignidade da classe trabalhadora.

Nas palavras de Harvey (1996, p. 117), “um sistema particular de acumulação pode existir porque o sistema de reprodução é coerente”. Tal coerência torna-se realizável a partir da interiorização de grande parte dos atores políticos no que diz respeito a sua função na reprodução daquele sistema. Exige-se, portanto, uma materialização do regime de acumulação por meio das construções sociais representadas por membros da sociedade, Estado, trabalhadores, instituições públicas e privadas, etc. Dado o contexto, a função do Estado também assume múltiplas mudanças. Elas podem ser vistas a partir do estabelecimento de um processo político-jurídico que fere gradativamente o regime de proteção ao trabalhador caracterizado pela responsabilização por parte do Estado em relação à classe trabalhadora. Isso pode ser verificado a partir do conjunto de reformas que compactuam com o fim da estabilidade de emprego, regulamentação de formas de contratos de trabalho precarizado e legitimação de intensificações do trabalho.

Segundo Mandelbaum e Ribeiro (2017, p. 21), “os trabalhadores têm agora maior responsabilidade sobre suas carreiras e devem gerí-las”. Consequentemente, observam-se leis que são coniventes com essa perspectiva de desresponsabilização, decorrentes das flexibilizações instituídas nas relações de trabalho, serem sancionadas. Pode-se tomar como exemplo dessas flexibilizações o aparato jurídico utilizado no processo de efetivação da terceirização no Brasil. Constatase essa trajetória a partir das respectivas reformas estabelecidas a partir de meados dos anos 1980: Lei n. 6.019/74 (consolidação da terceirização), 1993 - Súmula 331 do TST (terceirização na atividade-meio), Lei n. 8.031/90 (terceirização no setor público), Lei n. 8.949/94 (cooperativas de trabalho sem vínculo empregatício), Lei n. 9.491/97 (reforço da terceirização no setor público). Ademais, o desmonte da legislação ganha inigualável força com a Lei 13.429/2017 que autoriza a terceirização irrestrita.

A terceirização evidencia a centralidade da preocupação na atividade-fim, deixando de lado atividades as quais não faz parte do produto final da organização em questão. Dentre as principais repercussões relacionadas à implantação do serviço terceirizado estão a desresponsabilização por parte da tomadora de serviços em relação ao trabalhador, a redução de custos a favor da racionalidade do capital e o enfraquecimento de reivindicações coletivas. Druck (2012) discorre sobre a terceirização afirmando que:

*Por isso considera-se a terceirização como a principal forma de precarização do trabalho, pois ela viabiliza um grau de liberdade do capital quase ilimitado para gerir e dominar a força de trabalho, já que se descompromete com o vínculo formal por meio da transferência da responsabilidade legal e de custos trabalhistas para um terceiro. Essa é uma prática que encontra respaldo no marco regulatório e na ação de grande parte dos operadores do direito do trabalho no Brasil que, também contaminados pela tese da irreversibilidade, optam pela negociação como regra na relação entre capital e trabalho, independente da própria e limitada legislação em vigor. (p. 39)*

## 2.5 Uma análise da terceirização no setor público: o caso da Universidade Federal Fluminense

No que diz respeito às universidades públicas é possível afirmar que, simultaneamente ao movimento de expansão da reestruturação produtiva no cenário nacional, vêm ocorrendo mudanças relativas ao paradigma de gestão das Instituições de Educação Superior (IES) públicas. A defesa de um tipo de gestão “gerencialista” que possa superar a gestão burocrática acaba por corroborar com a adoção de práticas adaptativas frente ao *déficit* orçamentário e outras restrições.

Desta forma, a terceirização no serviço público passa a ser justificada como um mecanismo de enfrentamento aos recorrentes cortes orçamentários, ou suposta crise do Estado, bem como à possibilidade de otimização no atendimento aos usuários.

Segundo os preceitos da “Nova Gestão Pública”, torna-se necessário desburocratizar e simplificar os processos de gestão, ao que a terceirização parece bem se prestar, na medida em que transfere a responsabilidade pela gestão de pessoas e todos os conflitos decorrentes desta relação para um terceiro, desonerando a tomadora de serviços do ônus desta administração.

No Brasil, a Reforma do Estado iniciada na década de 1990, traduz as expectativas do modelo gerencialista ao diminuir os gastos públicos, ao que se convencionar chamar redução do “custo Brasil” (CARDOSO, 1998), promovendo a abertura do mercado brasileiro aos investimentos internacionais, desregulamentando a economia, flexibilizando a legislação do trabalho e privatizando as empresas estatais.

Em relação ao serviço público, Rosso (2008) considera que:

*Nos anos 90, sendo presidente Fernando Henrique Cardoso, o governo brasileiro fez uma reforma administrativa. Importou conceitos de gerenciamento do Estado do exterior, particularmente da França e Inglaterra, e procurou introduzir no setor público elementos da administração privada. Dividiu a intervenção do estado em esferas distintas, cujo resultado principal foi enfraquecer a resistência dos servidores públicos. (ROSSO, 2008, p. 183)*

Neste cenário, a terceirização desponta como uma alternativa “gerencialista” aos problemas estatais, à semelhança das empresas privadas.

Considerando o exposto até aqui sobre o caráter precarizador e vilipidiante que a terceirização pode representar para a dignidade da classe trabalhadora, parece contraditório que este processo seja adotado no serviço público e mais especificamente nas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), tendo em vista serem estes espaços instituídos a partir da demanda de excelência de serviços e compromisso social. Tais perspectivas ideais entram em contradição quando serviços precarizados passam a ser aceitos no interior destas instituições, em função da redução de custos que poderiam representar.

E é isso que vem ocorrendo no caso específico da Universidade Federal Fluminense (UFF). A partir dos relatórios de gestão disponibilizados pela própria universidade, é possível constatar que a adoção e a evolução da contratação do trabalho terceirizado têm sido justificadas e facilitadas por condições externas, numa sintonia fina entre a escassez de recursos orçamentários e dispositivos legais de liberalização da flexibilização do trabalho no setor público. Foi com objetivo de enfrentar o *déficit* orçamentário que a UFF passou a adotar métodos considerados “adaptativos” na gestão pessoas, análogos aos usados em organizações privadas, entre os quais se destaca o trabalho terceirizado.

A partir de 1988, os gestores da UFF passaram a relatar, em seus relatórios de gestão, a insegurança em relação aos repasses do Ministério da Educação (MEC). Essa situação, segundo tais relatórios, gerou vários prejuízos para a administração e para a manutenção da universidade. Diante do agravamento da situação, no ano de 1999 já se falava em cortes de custos mais sólidos, estando dentre as várias pautas a reavaliação de contratos de vigilância, limpeza e de reprografia. Além disso, em 1999, o quadro se agravou, tendo em vista que a UFF perdeu o posto significativo do *ranking* das IFES, passando de 4º para 8º lugar na distribuição orçamentária.

Frente a esse cenário, no ano de 2000 foi estabelecido o trabalho terceirizado na UFF, começando pela atividade dos vigias. O trecho a seguir foi obtido a partir do relatório de gestão em 2000 e retrata a origem do trabalho terceirizado na universidade:

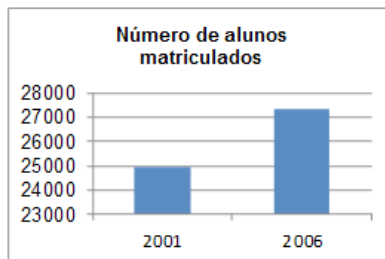
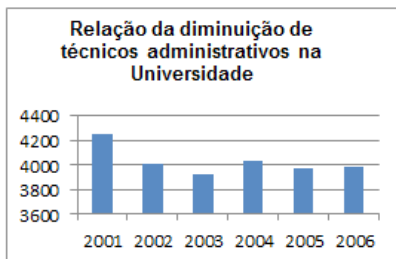


*Com a substituição do contrato de Vigilância por Vigia, a Universidade conseguiu reduzir sua fatura mensal em aproximadamente R\$ 79.000,00, gerando uma economia anual de R\$ 945.000,00. Foi constituído um grupo para analisar o contrato firmado com a Empresa de Limpeza. No momento estamos discutindo os termos e mudando a estratégia para, ao final, reduzir custos e aumentar a produtividade. (RELATÓRIO DE GESTÃO, 2000, s.p)*

Até o ano de 2002 os serviços terceirizados já se estendiam para o ramo de urbanização, transporte, serviços de limpeza, dentre outros serviços de manutenção em geral.

Ao longo dos últimos anos, o que se tem observado é a ampliação do número de vagas para alunos na universidade, embora o orçamento para o atendimento às despesas necessárias não tenha acompanhado o processo. Além do número de vagas, também ocorreu a ampliação da universidade para as demais instalações da UFF nos *campi* do interior. Paralelamente, não houve a realização de concursos que pudessem suprir, em número suficiente, o quantitativo de servidores necessários à expansão em andamento. Tal conjuntura mostrou-se propícia para a consolidação do trabalho terceirizado.

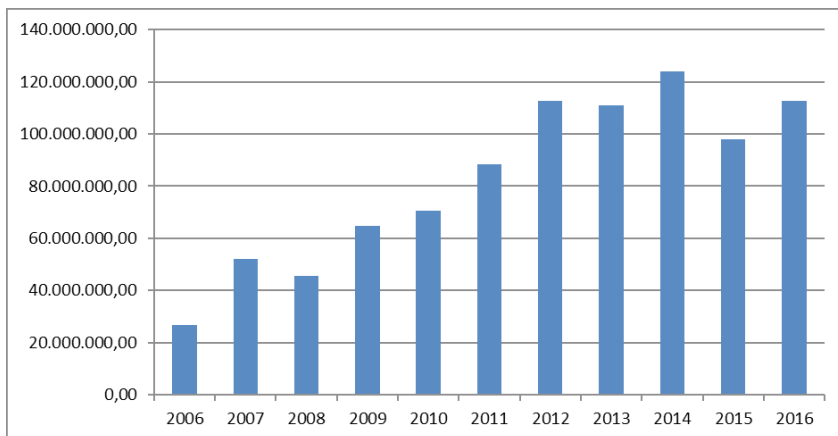
Em 2001, 24.914 alunos se encontravam matriculados na Universidade, enquanto que, em 2006, este número passou para 27.324. Tais informações dizem respeito aos alunos de graduação, pós-graduação e especialização. Para deixar mais concreto o nível de ampliação do número de vagas da instituição, excluindo erros de medida significativos quando se fala dos alunos que evadem da Universidade, a relação dos ingressantes na UFF em 2004 foi de 4.057 alunos; 4.325 alunos em 2005 e 4.910 em 2006. Enquanto isso, o número de técnicos administrativos ativos na Universidade caiu de 4.248 (estimativa de 2001) para 3.979 (estimativa de 2006), conforme quadros comparativos abaixo.



Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados declarados nos Relatórios de Gestão da UFF.

Outro aspecto que resulta na tonificação do trabalho terceirizado na Universidade está relacionado ao Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos (PCCTAE) estabelecido a partir da Lei 11.091, de 12 de janeiro de 2005 que veio substituir o plano anterior. O PCCTAE é responsável pela formalização de um plano de carreira no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao MEC. Os 20 cargos extintos e 61 cargos em processo de extinção acabaram por facilitar a contratação da mão de obra terceirizada, além de ser uma legitimação jurídica de precarização do trabalho no sentido de excluir a possibilidade de carreira para uma significativa parcela de trabalhadores. Isto é, os trabalhadores passam a ser compreendidos não por uma carreira, mas sim por aspectos funcionais.

Desta forma, por meio da análise dos dados até aqui levantados, observa-se que a adequação ao PCCTAE (2006), atrelada à expansão da universidade, gerou um gasto geral de R\$ 26.712.290,38 com serviços terceirizados. Em 2007 esse valor aumentou para R\$ 52.044.508,13, aproximadamente 51% maior do que no ano anterior. E como pode ser observado no gráfico a seguir, o índice de gastos com o trabalho terceirizado vem crescendo consideravelmente ao longo dos anos.



Fonte: Elaboração própria com dados originados dos Relatórios de Gestão da UFF.

No contexto da terceirização, tem sido possível identificar a precarização das condições de trabalho dos terceirizados na UFF, que, além de não terem garantia de pagamento de seus salários, são submetidos a situações constrangedoras de retirada de direitos e assédio moral em seus locais de trabalho. Fragilizados como estão estes trabalhadores vivenciam, a cada dia, a perda da dignidade do trabalho, ainda que este seja um direito universalmente consagrado.

### 3. CONCLUSÃO

A atividade laboral possui centralidade na vida humana. Coadunando-se a tal premissa, há jurisdições nacionais e internacionais que preconizam e legislam em torno do trabalho enquanto um direito humano fundamental. Contudo, no modo de produção capitalista há a degradação do significado que possui o trabalho, já que a força de trabalho é tida como mera mercadoria. Como se já não bastasse tal constatação, a reestruturação produtiva e seus modos de funcionamentos flexíveis legou ao trabalhador as migalhas de uma vida baseada no mínimo necessário para sua sobrevivência. A terceirização, por sua vez, intensificou esse processo, servindo como mais um modo de dominação do ser humano por parte do capital.

É a partir da mentalidade utilitarista presente no capitalismo que a razão econômica começa a se impor ao bem estar social. Fala-se do princípio da eficácia em detrimento do princípio moral. Concomitantemente, o princípio moral, em sua essência, perde espaço frente à ferocidade do discurso neoliberal. Muito mais do que a não aceitação das regras dos aspectos morais, tem-se, no tocante à sociedade, determinada transfiguração da moral que passa a instituir, em seu interior, o consentimento de adaptar-se às condições internas e externas da organização, doa a quem doer.

Ao longo da pesquisa, foram catalogadas condições sociais e jurídicas que têm dado sustentação para a criação e para a evolução da terceirização na UFF: a reestruturação produtiva, os projetos de lei que visam a flexibilização do trabalho, a partir da regulamentação da terceirização e o estabelecimento do PCCTAE. A partir da análise dos relatórios de gestão da universidade, é possível observar a adoção de um discurso gerencialista calcado no princípio da eficácia, justificando a intensificação do trabalho terceirizado na instituição, a despeito da ofensiva à dignidade da classe trabalhadora que tal forma de trabalho possa acarretar.

A pesquisa, em andamento e aqui parcialmente relatada, poderá trazer tanto elementos fundamentais para o aprofundamento teórico/crítico da questão, quanto para a intervenção concreta na luta pela dignidade do trabalho como um direito fundamental. Nesse sentido, salienta-se que a pesquisa científica é permeada por aspectos políticos, uma vez que a busca e a elaboração de material científico é parcial. Por isso, pretende-se, além da análise documental, instituir profundas reflexões acerca do passado, presente e futuro com as recentes reformas. Espera-se, com isso, uma vida na qual o trabalho e o trabalhar sejam dignos.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

BORGES, Ângela; DRUCK, Maria da Graça. **Crise global, terceirização e a exclusão no mundo do trabalho**. Caderno CHR, Salvador, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CARDOSO, Fernando Henrique. (1998). Notas sobre a reforma do Estado. *Novos Estudos/ CEBRAP*, 50

CASTRO, Carla Appollinario de. **Das fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social**. 2010. 318 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Criminais). Universidade Federal Fluminense, Niterói.

CENCI, Ana Righi; FRANTZ, Walter. **O direito fundamental ao trabalho e a economia solidária**. In: AUGUSTIN, Sérgio; OLIVEIRA, Mara de (Org.). *Direitos humanos: emancipação e ruptura*. Caxias do Sul: Educus, 2013. P. 821-832.

DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**, 7. Ed. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2006.

DEL ROIO, Marcos. **Trabalho & Educação. Marx e o trabalho como princípio educativo**, Belo Horizonte, v. 24, n. 1, p. 157-172, jan./abr. 2015.

DRUCK, Maria da Graça. **Globalização, Reestruturação Produtiva e Movimento Sindical**. *Caderno CRH*, Salvador, n. 24-25, p. 21-40, jan./dez. 1996.

DRUCK, Maria da Graça. **A metamorfose da precarização social do trabalho no Brasil**. In *Margem Esquerda*, v. 18, p. 37-41, 2012.

DUAYER, Mario. **Marx e a crítica ontológica da sociedade: crítica ao trabalho**, Rio de Janeiro, Revista Em Pauta n. 29. p. 35-47, 2012.

ENGELS, Friedrich. **O papel do trabalho na evolução do homem**. Brasília: Editora Kiron, 2012.

FERREIRA, João Batista. **Perdi um jeito de sorrir que eu tinha: violência, assédio moral e servidão voluntária no trabalho**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna : uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**, 6 ed. São Paulo: Loyola, 1996.

HUNT, E.K; LAUTZENHEISER, Mark. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

MALDELBAUM, Belinda. **Desemprego: uma abordagem psicossocial**. São Paulo: Blucher, 2017.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: livro I**. São Paulo: Boitempo, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Conheça a OIT**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang>. Acesso em: 09 jul. 2017.

PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1998.

Relatório de gestão 2002. Disponível em <http://www.uff.br/sites/default/files/arquivos-orgaos-superiores/%5Bsite%3Aog-context--node%5D/relatoriouff2002.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Relatório de gestão 2006. Disponível em: <[http://www.uff.br/reuni/images/stories/arquivos/reuni/relatoriodegestao/Relatrio\\_de\\_Gesto\\_2006.pdf](http://www.uff.br/reuni/images/stories/arquivos/reuni/relatoriodegestao/Relatrio_de_Gesto_2006.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ROSSO, Sadi Dal. **Mais Trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea**. São Paulo: Boitempo, 2008.

SATAFLE, Vladimir. **O Circuito de Afetos: Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo**, 2 ed. Belo Horizonte. Autentia Editora, 2016.

ZANELLI, José Carlos. Prefácio. In Macêdo, Katia Barbosa [et al]. **Organização do trabalho e adoecimento – uma visão interdisciplinar**. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2016.



# INFANTICÍDIO EM ALDEIAS INDÍGENAS: ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS COMO SOLUÇÃO

<sup>1</sup>Brener Pereira

<sup>1</sup>Jéssica Moura

<sup>1</sup>Maria Cecília Guimarães

<sup>1</sup>Thomas de Paula

<sup>1</sup>Yuri Macedo

## RESUMO:

O presente trabalho discorre sobre a tese da adoção de crianças indígenas como uma solução para o infanticídio que ainda ocorre em algumas aldeias do país. A metodologia utilizada foi a qualitativa, pois nosso objetivo do trabalho foi obter a percepção de estudiosos do tema e dos próprios indígenas sobre esta questão. A principal questão que tentamos responder com este trabalho foi: Há uma forma pacífica de conciliar essas leis?

## PALAVRAS-CHAVE:

Infanticídio. Adoção. Direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Discente do 2º Período Matutino do Curso de Graduação em Direito no Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é sobre a adoção de crianças indígenas, mais concretamente em relação aos impactos da prática cultural do infanticídio na cultura ocidental hegemônica em nossa sociedade.

É objetivo deste trabalho, encontrar uma nova perspectiva de futuro para as crianças e jovens rejeitados por suas tribos. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, enriquecida com algumas fontes oriundas de mídias e conhecimentos prévios do grupo acerca do tema.

Nosso país, antes da chegada dos europeus, era uma imensa concha de retalhos com diversas tribos indígenas das mais variadas culturas e costumes. E um dos rituais que foi visto como “barbárie” pelos colonizadores foi o infanticídio. O ato de eliminar crianças “imperfeitas” sempre enfrentou resistência dos ocidentais por influência da igreja católica, e foi lentamente desconstruído com o decorrer da consolidação dos ideais lusitanos.

Com o notável e constante avanço cultural visto nos séculos XVII e XVIII, a prática foi extinta nas aldeias localizadas em regiões mais próximas aos centros de aglomeração urbana. Mas algumas aldeias mais isoladas ainda a mantêm. O que deve ser feito a respeito dessas práticas? Deve ser feito algo?

## 2. ENTENDENDO A TRADIÇÃO DOS RITUAIS DE SACRIFÍCIO INFANTIL E CONCILIANDO A TRADIÇÃO COM A LEI

A adoção de crianças indígenas é um tema muito polêmico, pois ainda é muito incomum, apesar de ser possível, já que é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. No estatuto é dito que prioritariamente a criança deve ser adotada por membros de sua própria aldeia ou de outra aldeia indígena, para que assim se preserve a cultura desses povos. Porém, a adoção por pais não-indígenas é possível.

Apesar de sofrer resistência de órgãos da cultura e de proteção aos indígenas, como a FUNAI, a adoção de indígenas não pode ser descartada, visto que nas aldeias indígenas são vistos altos números de mortalidade infantil, analfabetismo e de crianças sem registro de nascimento, sendo os dois primeiros dados os mais preocupantes.

Os ritos culturais envolvendo crianças em tribos indígenas são motivo de muita discussão, pois algumas vezes são prejudiciais para o desenvolvimento das crianças ou bebês, às vezes chegando à morte. Algumas práticas envolvem sacrifícios de recém-nascidos por conta de alguma deficiência física, por nascimento de gêmeos ou por filhos concebidos fora do casamento, por estupro ou adultério.

É importante ressaltar que tais práticas são cada vez menos comuns nos dias de hoje, pois muitas tribos se modificaram com o tempo, a medida que foram se adaptando aos costumes do “homem branco”.

Na cultura de tais povos citados acima é comum que quando a mãe dá à luz gêmeos os dois bebês sejam sacrificados. Isso se dá pois segundo suas crenças, quando o filho é concebido a alma do pai se divide, uma continuando com ele, e a outra indo para a criança. Quando nascem gêmeos os membros da tribo acreditam que uma das crianças está sem alma, e por não saber qual das duas está desalmada eles sacrificam as duas. E eles fazem isso crendo que isso é bom para o infante.

Uma explicação de porquê realizar tais rituais que não advém só do misticismo, mas do fato de muitas tribos serem nômades. Uma criança com alguma deficiência motora pode trazer problemas para a tribo, pois esta vai demorar mais para se locomover de um ponto a outro. Isto pode ocasionar à extinção da tribo, pois muitas das que são nômades não conseguem viver em um mesmo local por muito tempo.

Dessa forma é importante que não haja proibição, mas sim soluções pacíficas que satisfaçam os dois lados da questão. A procuradora Marcela Marensi explica como poderia ser feita essa conciliação<sup>2</sup>:

*Nas hipóteses em que as práticas contrariarem a Constituição Federal ou os tratados/convenções internacionais, a FUNAI deverá orientar e capacitar a comunidade indígena acerca de sua conduta, buscando uma solução satisfatória que garanta a proteção integral da criança/adolescente. Deste modo, a proteção das crianças e adolescentes será obtida mediante diálogo com a comunidade, por meios não-discriminatórios aos usos e costumes indígenas, conforme estabelece a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. (MARENSI, 2014)*

---

2 MARENSI, Marcela de Andrade Soares. *Adoção de crianças e adolescentes indígenas*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48450&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

A adoção seria realizada com o consentimento dos pais, que seriam orientados por funcionários da FUNAI para que haja concordância. Dessa forma a criança seria retirada daquela tribo, preservando assim o costume de que crianças com deficiências ou geradas por adultério ou estupro não devem viver na tribo e preservando a vida e integridade física da criança.

O ideal seria a adoção por “pais” adotivos que morem perto da tribo, permitindo assim que os pais biológicos possam visitar seu filho. Isso seria bom pois o contato com as tradições de seus progenitores ajudaria ainda mais a manter a cultura indígena.

Vale ressaltar também que muitos pais e mães quando tem um filho que vai ser sacrificado entram em um estado de desespero, pois é natural que os pais – a mãe principalmente – queiram proteger seu bebê. Vemos, portanto que os rituais de sacrifício muitas vezes são tão prejudiciais para os pais quanto são para as crianças.

Por isso a adoção parece ser uma alternativa efetiva, apesar de uma necessidade de ser implantada paulatinamente, para que não sejam afetadas as tradições indígenas.

### 3. RELATOS E FATORES DETERMINANTES

Sandra Terena, jornalista e documentarista que dirigiu o documentário *“Quebrando o silêncio”*<sup>3</sup>, lançado em março,31, em Brasília disse:

*Percebemos claramente que muitos são contra. Quando fui ao Xingu, no Mato Grosso, os índios da tribo local falaram que o infanticídio diminuiu e que consideram a prática bastante negativa para a própria cultura indígena. ‘A gente não é bicho’, diziam. (TERENA, 2009)*

Saulo Ferreira Feitosa, Carla Rúbia Florêncio Tardivo e Samuel José de Carvalho, autores de —Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso *Suruahá*<sup>4</sup>, apresentam três causas principais para o infanticídio culturalmente praticado em aldeias brasileiras:

---

3 QUEBRANDO o Silêncio, Direção: Sandra Terena, Produção: André Barbosa. Brasília-DF, 2009.

4 FEITOSA, Saulo Ferreira, TARDIVO, Carla Rúbia Florêncio e CARVALHO, Samuel José de. *“Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso Suruahá”*, 2006.

*As razões são diversas, mas, para fins práticos, podem ser agrupadas em torno de três critérios gerais: a incapacidade da mãe em dedicar atenção e os cuidados necessários a mais um filho; o fato do recém-nascido estar apto ou não a sobreviver naquele ambiente físico e sociocultural onde nasceu; e a preferência por um sexo. (FEITOSA, TARDIVO, CARVALHO, 2006)*

O primeiro tipo de infanticídio apontado por Feitosa, Tardivo e Carvalho é ligado ao cuidado a ser dispendido pelas mães, responsáveis por tarefas tanto fora como dentro da casa e pelo cuidado dos filhos. No caso de nascimento de gêmeos ou de duas crianças próximas, segundo os autores, o cuidado seria dificultado e por isso essas crianças seriam sacrificadas.

Entre os *Kamaiurá*, a prática de infanticídio coloca as crianças entre os grupos de maior risco de morte, sendo considerados motivos para a morte das crianças o nascimento de gêmeos, de crianças malformadas ou nascidas de uniões instáveis por exemplo de jovens solteiras ou de separação do casal antes do nascimento da criança, e até de mulheres viúvas. É o que aponta o relato de Kamirú Kamaiurá<sup>5</sup>, acerca da pressão sobre as mães solteiras:

*Às vezes a mãe quer a criança, mas a família dela não deixa. É muito difícil. Até hoje eu só consegui desenterrar um com vida, o Amalé. A mãe dele era solteira, ela chorou muito, mas o pai dela enterrou ele. Minha outra prima, a mãe do Mahuri, enterrou as cinco crianças que nasceram antes dele. Ela era solteira, por isso tinha que enterrar. Nós temos medo de nascer gêmeos, trigêmeos. Dizem que quando um pajé faz feitiço, podem nascer até sete crianças. Por isso as mães têm medo. (KAMAIURÁ, 2007)*

O segundo tipo de infanticídio em grupos indígenas brasileiros, conforme Feitosa, Tardivo e Carvalho, está ligado à incapacidade da criança em sobreviver ao ambiente físico e sociocultural onde nasceu e aqui entram os casos das crianças *suruwahás* Niawi que foi enterrado vivo aos cinco anos por apresentar atraso no desenvolvimento e ter perdido os pais, que se suicidaram por se negarem a matá-lo, Iganani que era portadora de paralisia cerebral, Tititu, esta que nasceu com

---

5 SUZUKI, Márcia. 2008. "Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil". Márcia Suzuki (org).

pseudo-hermafroditismo, Pipi Kamaiurá, que perdeu a visão num acidente e passou a sofrer forte discriminação em sua aldeia, Kanhu Raka Kamaiurá, portadora de Distrofia Muscular Progressiva e que foi isolada do convívio social em sua aldeia, tendo vivido reclusa, além do acesso a tratamento médico adequado ser muito difícil de se obter dentro das tribos indígenas, ficou sem liberdade e sob risco constante durante muito tempo em sua aldeia, e Hakani, que tem sua história retratada no documentário "*Hakani, enterrada viva: a história de uma sobrevivente*"<sup>6</sup>, dirigido e produzido por David L. Cunningham.

O infanticídio, nesses casos, está ligado ao significado socialmente que tem a vida entre grupos do Xingu, como os *Suruwahá* e *Yanomami*: um peso e por isso a morte lhe seria melhor que uma vida de dependência, de peso para os demais. Assim, por não se desenvolver no mesmo ritmo que as outras crianças, nascer com alguma deficiência física ou mental, por sua incapacidade de caçar, pescar, plantar e se locomover com os demais membros do grupo.

Atualmente, algo em torno de trinta crianças indígenas são mortas pelos *kamaiurás* todos os anos, não obstante a FUNAI ofereça serviços de adoção das crianças rejeitadas.

Outra instituição que visa proteger as crianças indígenas é a Instituição Atini – Voz pela Vida, que apoia o documentário "Quebrando o Silêncio", e que desde 2006 trabalha na defesa dos direitos das crianças indígenas

Em algumas tribos a prática do infanticídio têm se modificado, crianças filhas de mães solteiras, de casamentos extraconjugais e gêmeos, estão começando a ser criadas dentro das próprias tribos, vivendo em comunidade, participando da cultura do seu povo, pois é uma mudança viável. Porém ainda é muito difícil criar crianças com deficiências físicas e mentais, além delas não conseguirem viver e acompanhar a rotina da tribo, elas necessitam de cuidados especiais que não são possíveis nas aldeias.

---

6 HAKANI, enterrada viva: a história de uma sobrevivente, Direção e Produção de David L. Cunningham, Washington, USA, 2009.

#### 4. ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS

Quando se trata de adoção de crianças indígenas, uma grande parte da população não entende como funciona. Pelo fato de o número de crianças aptas para a adoção é inferior a 1%, como observamos nos dados do CNJ, em um texto de Fabiana Gadelha, de 2016: *Dos 6.592 crianças e adolescentes aptos à adoção que constam no CNA atualmente, 16,99% são negras, 48,86% são pardas, 33,48% são brancas, 0,3% pertencem à raça amarela e 0,36% são indígenas.* (GADELHA,2016)

É possível sim adotar uma criança indígena, entretanto os abrigos priorizam essa adoção para outras famílias de outras tribos indígenas, tentando assim manter a criança o mais próximo de sua cultura nativa.

Entretanto ainda existem casos de crianças indígenas que acabam indo para abrigos e passando uma boa parte de sua infância esperando para serem adotadas. No caso de Dourados<sup>7</sup> Município no Mato Grosso do Sul, eles estão acelerando os processos de incorporação dentro das comunidades indígenas:

*Estamos fazendo a mediação para que estas crianças e adolescentes sejam reintegradas no convívio de um familiar ou parentes que queiram adotar dentro da reserva.*  
(ARAÚJO, 2013)

Caso a criança não consiga ser adotada por uma outra família indígena afim de manter sua cultura, é extremamente incabível manter a criança em um abrigo até completar sua maior idade sendo que existem outras famílias interessadas em adotá-la.

Entretanto eles tentam ao máximo fazer com que a criança seja adotada por uma outra família indígena, mas se caso não houver eles abrem a adoção para uma outra família não indígena. Colocar as crianças indígenas para a adoção se tornou o meio mais cabível para preservar a vida dos pequenos índios. Nesse caso acaba sendo mais viável mandar as crianças para a adoção, onde a criança ainda poderá encontrar uma família que esteja disposta a cuidar e suprir todas as suas necessidades:

---

7 ARAÚJO, Valéria. "Crianças indígenas serão retiradas de abrigos e podem ser adotadas por parentes, para não perder a identidade". Dourados Agora, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.douradosagora.com.br/dourados/indiozinhos-abrigados-serao-reintegrados-a-familia-ou-adotados>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

*O direito fundamental à família haverá sempre de ser respeitado, incumbindo ao sistema de garantias de direitos estimular sob todas as formas a manutenção dos vínculos familiares, entretanto, é inadmissível que infantes indígenas sejam penalizadas com uma vida institucionalizada, a espera eterna de uma solução de um problema complexo, sob o escusável pretexto de respeito cultural. (CANTÚ, 2016)<sup>8</sup>*

Todas as crianças, sendo elas indígenas ou não, tem o direito a ter uma família e uma vida digna. O direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente (art. 227), e assegurado, no plano infraconstitucional, pelo art. 19 do ECA. Dando assim a garantia da criança e do adolescente o direito de ser criado pela própria família ou em casos excepcionais serem criados pelas famílias substitutas.

## **5. DIREITOS HUMANITÁRIOS E PATRIMÔNIO CULTURAL, UM CONTRAPONTO**

Embora o Estatuto do Índio, em seu artigo 231 e 232 os direitos dos índios, onde ressalta o reconhecimento da identidade cultural própria e diferenciada dos grupos indígenas (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), o Estado deveria ainda fazer mais, uma alternativa seria adotar uma política antropológica comunicativa, facilitando assim o diálogo entre culturas distintas, respeitando a existência do dinamismo cultural, a questão do infanticídio nesses povos recebe maior atenção. Essa tradição ganha uma necessidade de discussão maior na medida em que se opõe às leis vigentes no Brasil, entre elas, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 que, em seu 6º artigo, determina que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida”.

Reconhecida pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO) como patrimônio da humanidade, a cultura indígena sempre ganhou destaque por suas pinturas corporais, danças e crenças. Entretanto, alguns desses povos, há anos, veem no

---

8 CANTÚ, Ariadne. “Adoção de crianças indígenas fora da aldeia não pode ser ignorada”. Consultor Jurídico, 4 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/adocao-criancas-indigenas-fora-aldeia-nao-ignorada>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

infanticídio uma alternativa para o não comprometimento da tribo durante sua locomoção, como no caso de crianças deficientes.

O governo brasileiro tenta conciliar o respeito à cultura indígena com suas leis. Em 1992, o Brasil ratificou, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica que se baseia na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, pode ser mencionada como uma sensata forma de agir diante desta situação. Ela garante a preservação dos costumes indígenas desde que estes sejam compatíveis com os direitos fundamentais brasileiros e com os Tratados Internacionais Dos Direitos Humanos. O Brasil é um dos signatários.

Ainda assim, o país não tem uma postura tão severa com relação ao infanticídio indígena por fatores diversos. Entretanto, a maior dificuldade está na comprovação se de fato a morte da criança foi um infanticídio ou uma causa natural. O infanticídio vai de encontro a Constituição Federal que em seu Art. 5º diz: "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". O ECA diz no Art. 4º que é dever de todos assegurar os direitos fundamentais da criança.

No Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948 dispõe que: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos" afirma ainda em seu artigo terceiro que: "toda pessoa tem direito a vida, a liberdade e segurança pessoal". Podemos observar então que a posição da ONU com relação à universalidade dos direitos humanos e bem clara, promulgando que estes direitos são para todos sem qualquer distinção.

O Direito à diversidade cultural é um direito legítimo, extremamente importante, mas limitado, pois não pode ser usado para justificar qualquer violação aos direitos humanos. Pois a vida é um bem fundamental. E a Cultura só existe com a vida.

## **6. CONCLUSÃO**

Em virtude dos fatos mencionados é possível afirmar que a adoção de crianças indígenas é uma das alternativas mais eficientes, se não a mais eficiente, e isso se dá graças ao fato de ser um método que não



vai contra as tradições das tribos que praticam o ato do infanticídio, pois um dos motivos para tal ato ser praticado em crianças deficientes é porque elas poderiam ser um fardo para a tribo em situações em que a tribo necessita se locomover, crianças concebidas fora do casamento, gêmeos e filhos de mães vítimas de estupro são sacrificadas por acreditarem que a criança irá “amaldiçoar” a tribo ou a si mesmo como no caso de gêmeos, por isso a adoção daria a chance de viver que a criança tem direito segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso serve para as tribos que não as aceitam no seu meio.

Tal alternativa não seria considerada um ato etnocêntrico porque a adoção evitaria prejudicar tanto ao recém-nascido como à cultura das tribos indígenas que praticam o infanticídio e conseqüentemente beneficiando aos dois lados.

Além disso, muitas tribos já passaram e algumas ainda passam por um processo de adaptação, ou seja, práticas que são mal vistas pela nossa sociedade, como incesto, e o próprio infanticídio com o passar do tempo vão se extinguindo graças a um contato maior com o “homem branco” e com isso as tribos vão aderindo costumes e ao mesmo tempo eliminando hábitos que antes eram vistos como uma prática comum.

Em contrapartida, não é uma alternativa que irá funcionar de imediato, pois é necessário estabelecer uma relação mais “profunda” com as tribos para que elas sejam convencidas a entregar os recém-nascidos à adoção e por fim evitar a morte de mais crianças.

É possível inferir que apesar de ser um processo demorado e não muito simples, é eficaz e acaba conciliando tanto as leis como a cultura de uma sociedade diferente da nossa e além de recém-nascidos serem salvos também melhora a relação entre a nossa sociedade e tribos indígenas que antes eram isoladas.

Se há condições de diálogo, e formas de conscientização, o Estado poderia engajar políticas públicas com profissionais, a fim de ajudar em algum ponto a situação. Ou com programas de adoção destas crianças rejeitadas, ou com cuidados médicos adequados. Destaco ainda a fala de Saulo Feitosa: “As pessoas mudam seus costumes a partir da conscientização”

Uma proposta foi feita elaborada pelo deputado Pompeo Mattos (PDT-RS), sobre ela o Relator, deputado Regis de Oliveira (PSC-SP) deu seu parecer, pela inadmissibilidade alegando que o projeto viola o di-

reito assegurado aos índios de viverem, de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência de cultura externa, direito este consagrado no artigo 231 da Constituição Federal, alega ainda que essa tese se refira aos índios que não tiveram ou tiveram pouco contato com a chamada civilização, na conclusão ele diz “ nesta medida, admito a possibilidade de os índios adotarem outra postura com relação ao infanticídio, mas de forma voluntaria, fruto do diálogo, sem coerção.” Foi proposta também o projeto de lei 1057/2007 pelo deputado Henrique Afonso (PT-AC) conhecida como “Lei *Muwaji*” em homenagem a uma mãe da tribo dos *suruwahás*, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente, este projeto busca combater o infanticídio, morte e maus tratos, contra recém-nascido, criança ou pessoa portadora de deficiência indígena.

Esta prática garantiria então o direito à vida, respeitando o princípio da dignidade humana, independente dos segmentos étnicos de cada povo, deve-se atentar para o fato de que a solução é conscientizar os líderes indígenas, devendo focar que a criança indígena tem direito a uma vida digna e não apenas à vida.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valéria. “Crianças indígenas serão retiradas de abrigos e podem ser adotadas por parentes, para não perder a identidade”. Dourados Agora, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.douradosagora.com.br/dourados/indiozinhos-abrigados-serao-reintegrados-a-familia-ou-adotados>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. “Em Dourados, 17 indiozinhos continuam esperando por adoção”. Jovens Indígenas. Disponível em: <<http://www.jovensindigenas.org.br/em-dourados-17-indiozinhos-continuam-esperando-por-adoacao>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília-DF, 1990.

BRASIL, “Estatuto do Índio”, art. 231.

CANTÚ, Ariadne. “Adoção de crianças indígenas fora da aldeia não pode ser ignorada”. Consultor Jurídico, 4 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/adoacao-criancas-indigenas-fora-aldeia-nao-ignorada>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

Documento. “Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho”.

Documento. Pacto Internacional dos direitos civis e políticos”, 1966.

Documento. “Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos”. Notícias STF, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

Documento. “Patrimônio Cultural no Brasil”. Representação da UNESCO no Brasil. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

FEITOSA, Saulo Ferreira, TARDIVO, Carla Rúbia Florêncio e CARVALHO, Samuel José de. “Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso Suruahá”, 2006.

GADELHA, Fabiana. “Cai número de pretendentes à adoção que só querem crianças brancas”. CNJ, 13 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82321-cai-numero-de-pretendentes-a-adoacao-que-so-querem-criancas-brancas>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

HAKANI, enterrada viva: a história de uma sobrevivente, Direção e Produção de David L. Cunningham, Washington, USA, 2009.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. “Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena.” (Dissertação de Mestrado).

LAPLANTINE, François. “Aprender antropologia em dia”. 2007.

MARENSI, Marcela de Andrade Soares. “Adoção de crianças e adolescentes indígenas”. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48450&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

MUNHOZ, Fábíola, “Infanticídio: o direito da mulher indígena sob polêmica”. 2010.

ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. 1948.

PARANASHOP, “Documentário quer estimular debate sobre infanticídio nas tribos indígenas”. Povos Indígenas no Brasil, 30 mar. 2010. Disponível em: <[https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=81882&id\\_pov=117](https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=81882&id_pov=117)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

QUEBRANDO o Silêncio, Direção: Sandra Terena, Produção: André Barbosa. Brasília-DF, 2009.

SUZUKI, Márcia. 2008. “Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil”. Márcia Suzuki (org).

# O RECONHECIMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) COMO ELEMENTO CONSTITUINTE DO PISO MÍNIMO VITAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

<sup>1</sup>Durcelania da Silva Soares

<sup>2</sup>Tauã Lima Verdan Rangel

## RESUMO:

O artigo 6º do Texto Constitucional de 1988, incluiu dentre os direitos sociais o Direito Humano à Alimentação Adequada. Assim todo o indivíduo deve ter acesso à alimentação capaz de suprir suas necessidades diárias nutricionais, não sendo a alimentação uma mera ingestão de porção de ração diária, mas sim a própria realização do indivíduo e encontrando no princípio da dignidade da pessoa humana seu argumento legitimador.

## PALAVRAS-CHAVE:

Direito humano à alimentação. Mínimo vital. Dignidade da pessoa humana.

---

1 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu. Endereço eletrônico: durcelania@hotmail.com; link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1543810316645867>

2 Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. Endereço Eletrônico: taua\_verdan2@hotmail.com. Acesso currículo Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>.

## 1. INTRODUÇÃO

É fato que o Texto Constitucional de 1988 consagrou um amplo catálogo de direitos fundamentais, vinculando-os diretamente ao ideal de concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o Estado Brasileiro deve atuar com o escopo primordial de promover a efetivação do sobredito catálogo, removendo os entraves e os empecilhos que dificultam sua implementação. Assim, a Constituição Federal materializa um documento amplo, que estabelece uma série de políticas públicas no seio da sociedade, no campo da saúde, da previdência social, da educação, da cultura, do urbanismo, dentre outros, orientadas para a concretização da igualdade material. Nesta linha, dentre os mais recendentes direitos fundamentais incluídos na redação da Carta de 1988 está o direito à alimentação adequada, expressamente incluso no rol dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, responsável por alargar o rol do artigo 6º.

Contudo, subsiste o questionamento sobre qual o nível de responsabilidade estatal para a efetivação dos direitos fundamentais, que compreende desde a prestação direta pelos entes federados até a regulamentação da esfera privada e a criação de estruturas próprias de incentivo para a sociedade civil. Neste passo, a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional introduziu, na realidade jurídico-administrativa brasileira, uma realidade nova, afixando uma rede em prol da efetivação do direito à alimentação adequada, estabelecendo uma série de responsabilidades para as distintas esferas dos Entes Estatais em prol de sua concretização, reafirmando, como dito acima, tal direito como elemento integrante e indissociável da dignidade da pessoa humana, conforme expressa alusão do artigo 2º da Lei nº 11.346/2006.

A partir de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover uma análise de tal direito a partir da ótica de Amartya Sen, notadamente no que toca à igualdade de capacidades e a pobreza como privação de capacidade, e sua contribuição ao fixar princípios que orientam para a atuação estatal, assegurando que todos possam garantir direitos fundamentais. É importante assinalar que o autor eleito compõe o eixo teórico nominado “liberalismo igualitário”, postulante de argumentos e princípios destinados à orientação da ação política, além de justificar determinadas instituições políticas, sociais e econômicas. O termo “liberalismo” não se confunde com a perspectiva moderna de liberdade sem limites e igualdade formal. Ao contrário, no cenário pro-

posto, há uma clara aproximação da acepção de liberdade com restrição e igualdade material, conquanto a questão se apresente mais robusta e complexa do que essa singela apresentação. Empregou-se uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva.

## **2. AMARTYA SEN E A ANÁLISE DA POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADE**

A pobreza, na perspectiva proposta por Amartya Sen (2000, *passim*), pode ser descrita como uma privação das capacidades básicas de um indivíduo e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido. Hirai (2011, p. 51), ao discorrer sobre a perspectiva apresentada por Amartya Sen, explicita que para ele os níveis mais baixos de renda *per capita*, por si só, não é suficiente para dimensionar a natureza e o teor das privações verificadas em determinadas regiões do globo, bem como de sua pobreza comparada, a exemplo do sul da Ásia e a África subsaariana. Por “capacidades” serão entendidas as combinações alternativas de funcionamentos de possível realização, logo, “a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos ou a liberdade para ter estilos de vida diversos” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 05). Exemplificativamente, uma pessoa abastada que faz jejum por sua livre e espontânea vontade pode ter a mesma realização de funcionamento que uma pessoa pobre forçada a passar fome extrema. Entretanto, consoante explicita Sen (2000, *passim*), a primeira possui um “conjunto capacitário” distinto daquele apresentado pela segunda pessoa, já que aquele pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para essa.

Neste passo, os funcionamentos são definidos como o que o indivíduo pode ter ou fazer, isto é, os funcionamentos podem variar dos elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de doenças estáveis, a atividades ou estados pessoais muito complexos, como, por exemplo, ter a faculdade de participar da vida em comunidade e ter respeito próprio. “Assim, a privação de capacidades elementares pode refletir-se em morte prematura, subnutrição considerável (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo e outras deficiências”, como observam Crespo e Gurovitz (2012, p. 05). Ao lado disso, a pobre-

za deve ser analisada como privação de capacidades, abandonando-se o critério tradicional que está baseado na renda, ainda que não seja possível negar que a baixa renda é uma das principais causas da pobreza. Dessa maneira, a definição não suprime o fato de a pobreza também ser caracterizada como uma renda inferior a um patamar pré-afixado, posto que uma renda baixa possa ser a primeira razão da privação de capacidades de uma pessoa. Entretanto, como aponta Wanda Griep Hirai, “existem outras influências particularmente importantes, tais como a ação pública destinada a reduzir a pobreza e a desigualdade de forma mais pontual: com a elaboração prática de políticas” (2011, p. 51).

O liame entre renda e capacidade é demasiadamente afetado pela idade da pessoa (necessidades específicas dos idosos e muito jovens), pelos papéis sexuais e sociais, pela localização, pelas condições epidemiológicas e por outras variações sobre as quais uma pessoa pode não ter controle ou ter um controle apenas limitado. “Desvantagens como idade, incapacidade ou doença, reduzem o potencial do indivíduo para auferir renda. Além disso, também tornam mais difícil converter renda em capacidade, já que uma pessoa mais velha, mais incapacitada ou mais gravemente enferma pode necessitar de mais renda” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 06).

Dessa maneira, ao dispensar uma análise sobre regiões específicas de pobreza da Índia e da África Subsaariana, foi possível uma comparação entre os níveis de mortalidade infantil e alfabetização de adultos, utilizando, para tanto, três características para o enfoque da privação das capacidades básicas: a morte prematura, a subnutrição e o analfabetismo (HIRAI, 2011, p. 52). Assim, a pobreza real, no que se refere à privação de capacidades, pode ser mais intensa do que possa parecer no espaço da renda. Sen (2000), inclusive, nomeia de *pobreza real* aquilo que se torna extremamente importante em programas de ação pública de assistência para grupos com dificuldades de conversão adicionadas à baixa renda. “O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (renda) para os fins que as pessoas têm razão para buscar” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 06) e para as liberdades de poder alcançar tais fins.

Hirai aduz, ainda, que “atualmente as formas de desumanização provocadas pela extrema pobreza perpassam vários espaços e se expressam nas consequências de um sistema de economia onde o mer-

cado determina o modelo de desenvolvimento” (2011, p. 52), sendo impossível a participação de todos os seres humanos. Aparece, em tal cenário, a pobreza antropológica, ou seja, são criados mecanismos que produzem a degradação do ser humano como pessoa. Neste passo, ambas as perspectivas propostas por Amartya Sen (2000), a aceção da pobreza como inadequação de capacidade e a noção de pobreza como baixo nível de renda, estão vinculadas, já que a renda é um meio essencial na obtenção de capacidade. Assim, quanto mais capacidades, maior o potencial produtivo de uma pessoa e, por conseguinte, maior a chance de se alcançar uma renda mais elevada. A relação identificada, portanto, é preponderante na eliminação da pobreza de renda, porquanto, com uma educação básica e serviços de saúde melhores, há um aumento no potencial do indivíduo de auferir renda e de, dessa maneira, livrar-se da pobreza pela renda.

Crespo e Gurovitz (2012, p. 06) afirmam, ainda, que é importante explicitar que a redução da pobreza de renda não pode ser o único objetivo de políticas de combate à pobreza, porquanto é temeroso ver essa consoante a perspectiva limitada de privação de renda, justificando, a partir de tal ótica, investimentos em educação, serviços de saúde etc., com o argumento de que são necessários meios para a redução da pobreza. Tal perspectiva seria confundir os fins com os meios, sendo que a pobreza deve ser compreendida como a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. O alargamento das capacidades humanas enquadra-se justamente nesse ponto, pois não se pode esquecer que o aumento das capacidades humanas tende a caminhar junto com expansão das produtividades e do poder de auferir renda. Há que se reconhecer que um aumento de capacidades auxilia direta e indiretamente ao enriquecimento da vida humana, tornando-a as privações humanas mais raras e menos crônicas. Por fim, as relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características da pobreza.

### **3. AMARTYA SEN E DIGNIDADE HUMANA: IGUALDADES DE CAPACIDADES E FUNCIONAMENTOS**

De acordo com Amartya Sen (2008, p. 42-47), duas questões centrais se apresentam em relação ao exame da ética da igualdade, a



saber: “por que a igualdade?” e “igualdade de quê?”. Apesar de serem questionamentos distintos, verifica-se a presença de interdependência, responsável pelo estabelecimento de um liame. Quando se defender apenas a igualdade formal, acaba-se reforçando o ideário de que todos são iguais perante a lei, existindo uma norma para regular a todos de mesmo modo, logo, as desigualdades oriundas devem ser aceitas. Contudo, de acordo com Outeiro, Oliveira e Nascimento (2016, p. 63), quem considera a igualdade formal como insuficiente e postula a igualdade material, concebe que a lei deve conferir um tratamento diferenciado para aquele que se encontra em alguma situação de desvantagem ou de vulnerabilidade, a exemplo do que ocorre com crianças e adolescentes, jovens, idosos e trabalhadores no Brasil, os quais possuem legislações que dispensam um tratamento específico em decorrência de aspectos peculiares de tais grupos.

Deste modo, ambas são visões acerca de igualdade, todavia, alcançam resultados distintos. Assim, não é suficiente apenas defender a igualdade, mas sim é essencial explicar qual dimensão de igualdade está se abordando. Sen (2008, p. 44) aponta que não é possível elaborar uma teoria normativa do ordenamento social, coerentemente, que rejeite a igualdade ou a igual consideração. “A questão é que definir a igualdade num espaço, como a renda, pode levar a redistribuição de recursos numa sociedade até que todos tenham aproximadamente a mesma quantidade de recursos” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 63). Contudo, no momento seguinte, quando as pessoas vão usar a sua renda, haverá desigualdade, porquanto pessoas diferentes usam os recursos de maneira distinta.

A igualdade reclama uma análise a partir da condição de ideal política compatível com a liberdade. Assim, falar de igualdade em um cenário contemporâneo se torna mais factível quando se trata de uma democracia constitucional, na qual todos são iguais em direitos e em obrigações, a partir do primado que o Estado deve tratar a todos igualmente. Destarte, a reflexão a respeito da igualdade e da diversidade se apresenta como fundamental para conceber programas públicos de redistribuição de riqueza, porque a seleção de um espaço vai viabilizá-lo como justificativa para a redistribuição. Amartya Sen (2008, p. 51) vai narrar, ainda, que se opção for igualar a renda, uma pessoa que tenha maior renda arcará com um tributo maior do que a pessoa com menor renda ou, ainda, fará com que o Estado promova programas para aumentar os recursos de quem possui menos.

Sen (2008, p. 69) descreve, ainda, que podem ocorrer variações na conversão de bens sociais e de recursos em liberdade, em decorrência de aspectos externos ou pessoas referidas, o que impõe a distinção entre a extensão da liberdade dos meios para a liberdade. “As opções que a pessoa tem para, de fato, fazer, ser ou levar a vida que desejar, materializam a extensão da liberdade em si (ou seja, a conversão dos bens primários e recursos em liberdade)” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 64). Não se pode encarar como sinônimos de liberdade desfrutada os recursos ou bens sociais, porquanto esses são meios para que um indivíduo alcance determinado fim. Logo, o dinheiro ou a renda não são importantes em si, mas são importantes porque possibilitam a aquisição de bens essenciais por indivíduos.

Ainda de acordo com Sen (2008, p. 79), o bem-estar de um indivíduo pode ser analisado como termos da qualidade do estado da pessoa. Logo, viver é passível de ser visto como consistindo num conjunto de funcionamentos inter-relacionados, compreendendo estados e ações. A realização de uma pessoa, sob tal aspecto, pode ser descrita como o vetor de seus funcionamentos, sendo que os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares, como estar nutrido, até realizações revestidas de maior complexidade, como ser feliz, respeito próprio, tomar parte na vida em comunidade, dentre outros fatores. Logo, os funcionamentos são descritos como estados e ações que podem ser pensados em aspectos de desempenho do que uma pessoa pode ou não realizar com a sua vida. Doutro ponto, o conjunto de funcionamentos que uma pessoa pode realizar é descrito como capacidade, definindo como a capacidade para realizar funcionamentos. Isto é, a capacidade compreende um conjunto de vetores de funcionamentos que uma pessoa pode realizar, implicando na oportunidade de uma pessoa para escolher dentre estilos de vidas possíveis.

Assim, o conjunto de funcionamentos de uma pessoa materializa as várias combinações de estados e de ações que ela é passível de efetivar. Afigura como ponto central a capacidade consistente na possibilidade do indivíduo obter bem-estar, concomitantemente em que ter alguns funcionamentos colaboram diretamente para conseguir o bem-estar, pois a possibilidade de escolha é em si uma parte importante do viver. “Para ser possível efetuar uma avaliação sobre a igualdade/desigualdade, é imprescindível identificar o objeto-valor ou espaço de avaliação. Nesse passo, na avaliação do bem-estar e da dignidade, o

foco serão os funcionamentos e a capacidade” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 67).

Com o escopo de assegurar a igualdade de funcionamentos mínimos, faz-se necessário elucidar a concepção de pobreza, porquanto, ainda que todos tenham direitos fundamentais, aqueles que tiverem melhores condições de vida não serão alcançados em alguns programas de inclusão social. Tal situação é incapaz de negar um direito fundamental, porquanto se objetiva identificar o grupo de indivíduos que precisa de maior atenção do Estado ou necessita de alguma condição diferenciada para viver com maior dignidade. Após a definição de pobreza, é possível elaborar uma política para aumentar os funcionamentos estabelecidos como importantes para as pessoas que são hipossuficientes ou vulneráveis. Amartya Sen (2008) argumenta que, ao se adotar a igualdade de capacidades e de funcionamentos como métrica para definir os programas responsáveis pela redistribuição de riqueza, a pobreza é apresentada como a incapacidade de realizar funcionamentos básicos.

O critério relevante, em tal cenário, é o da inadequação de gerar capacidades tidas como minimamente aceitáveis, ou seja, a pobreza será a privação da vida que os indivíduos podem levar e das liberdades que elas possuem. Logo, se o objetivo é igualar as pessoas em capacidades e funcionamentos relevantes, compete ao Estado o dever de assegurar que todos alcancem tal patamar. Sen (2008), a partir do enfoque normativo, explicita que a acepção de igualdade encontra restrição às questões da distribuição oriundos dos ônus e dos bônus dos recursos escassos da sociedade e do desenvolvimento de políticas estatais. Tal cenário pode ser considerado como igualdade distributiva. Ora, sendo Amartya Sen um defensor de um mínimo de funcionamentos que possam garantir a vida com dignidade, o sobredito autor afirma que alguns direitos são promotores da capacidade geral de uma pessoa, a exemplo de liberdades políticas facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora (SEN, 2000, p. 25). “Como as capacidades refletem a possibilidade para alcançar bem-estar, a abordagem da capacidade permite a união das diversas facetas que a pobreza pode assumir, para em seguida, propor uma solução que assegure uma vida digna a todos” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 70).

A alteração no modo de se analisar esses problemas colabora não somente para o desenvolvimento de políticas estatais de combate à pobreza, como permite justificar a intervenção pública na vida privada e no domínio econômico de modo adequado. Sen (2008, p. 178-179; 2000, p. 61) vai explicar que sistemas públicos de saúde encontram relação direta com a expectativa de vida da população, sobretudo em relação aquela considerada como de “baixa renda”. Mas não apenas isso, é viável tecer uma rede que alcance outros direitos, a exemplo da educação, da cultura, da alimentação e do transporte, cujos funcionamentos reforçam os demais. Há uma clara vinculação entre tais sistemas. De acordo com Sen (2000, p. 66), pessoas mais qualificadas e com saúde, além da melhoria na qualidade de vida, possuem melhores condições de buscar maiores rendas e de participarem politicamente. Todas as medidas têm o condão de ampliar a oportunidade de um indivíduo viver com dignidade.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Ao analisar, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressamente contidos no artigo 3º, incisos I ao IV, do Texto de 1988, verifica-se que a Constituição está reafirmando uma forma de igualdade, que não se confunde com a homogeneidade. “Portanto, o objetivo de todas essas medidas é tratar a todos como iguais, de maneira que todos possam viver a vida que desejem” (OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 71). Ora, o mesmo princípio (da igualdade abstrata), que estabelece mecanismos de mercados livres, enseja a

constante atuação do Estado para reduzir as desigualdades sociais e econômicas, afixando obrigações positivas para o Estado. Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder.

Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. A dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se necessária, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Assim, o Texto Constitucional em vigor consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. O aludido princípio é o maciço núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato (1998, p. 76) alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integridade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a in-

clusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. A sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípua o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa, portanto, em tal sedimento o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda no que concerne ao relevo da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante Rocha (1995), o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. Medeiros, Silva e Araújo (s.d., p. 32) vão afirmar que “o desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado”. Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Com destaque, o direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comentário, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Doutra viés, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

#### **4. O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL**

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer.

Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas



de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente, reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996). Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente

em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. “Ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade”, de acordo com Podestá (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve íterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Wanda Griep Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém, oportunamente, destacar que,

no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno inter-setorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

*[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006).*

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que

o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação.

No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas. A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 03)<sup>3</sup>. Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), de maneira expressa, faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales ou agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 04)<sup>4</sup>. Ao lado disso, um ali-

---

3 Acessibilidade significa que os alimentos devem estar disponíveis para as pessoas do ponto de vista econômico. (tradução nossa).

4 Os alimentos devem ser seguros para o consumo humano e estar livres de substâncias nocivas,

mento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

## 5. CONCLUSÃO

O reconhecimento de um direito no Texto Constitucional permite o estabelecimento de uma associação entre a fundamentalidade formal e material, eis que a previsão de direito na Constituição escrita é um mecanismo de se conferir a uma necessidade humana, a exemplo do direito à alimentação adequada, o aspecto de elemento indissociável à vida digno por critérios formais, como ponto culminante do ordenamento jurídico, sem esquecer que sobredita necessidade pode se apresentar materialmente indispensável para a dignidade humana. Além disso, os direitos fundamentais encontram liame a um conjunto de capacidades, sem os quais não é possível ter uma vida digna, a exemplo da liberdade de pensamento, educação, moradia, saúde, ambiente ecologicamente equilibrado, direito à cidade, saneamento básico, transporte e alimentação adequada.

Entretanto, cada direito fundamental encontra concretização de maneira diversa, a depender da sociedade e do período. Basta refletir acerca do sistema instituído pela Lei nº 11.346/2006, no que toca à promoção e ampliação do direito à alimentação adequada, que não precisa ser idêntico a um sistema estabelecido para assegurar a liberdade de voto para todos ou, ainda, adoção de políticas de mobilidade urbana para assegurar o direito à cidade. Assim, cada direito pode ter uma moldura diferente do outro ou, ainda, cada direito reclama mecanismos peculiares para sua concretização, distinguindo-se dos demais. Todos os direitos fundamentais são indispensáveis para que os indivíduos possam viver com dignidade, sendo que, na verdade, a alteração repousa no contorno jurídico-político de cada direito, bem como a prevalência que cada um deve ter em determinado contexto. Inexiste conflito ou incompatibilidade, mas sim prevalência em específicas situações de um direito ou grupo de direitos em relação a outro direito ou grupos de direitos.

---

como as contaminações pelos processos industriais ou agrícolas, incluídos os resíduos dos praguicidas, os hormônios e as drogas veterinárias. (tradução nossa).

A Constituição Federal, de maneira expressa, afixa por objetivos fundamentais, em seu artigo 3º, incisos I ao IV, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, encontrando, em decorrência disso, compatibilidade com a igualdade liberal. Neste aspecto, Sen busca a redução de injustiças nas sociedades existentes. Logo, a Constituição apresenta um panorama geral e, a partir da perspectiva de Amartya Sen, determina o reconhecimento e estabelecimento de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, com esboço em seus dispositivos, dentre os quais é possível destacar a aplicabilidade imediata das normas que disponham sobre direitos fundamentais e ao reconhecer tais normas como cláusulas pétreas, respectivamente no §1º do artigo 5º e §4º do artigo 60.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista Nutrição*, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos*. Brasília: MDA, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008.

\_\_\_\_\_. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). *Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um fenômeno multidimensional. *Revista de Administração de Empresas*, v. 1, n. 2, p. 01-12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

HIRAI, Wanda Griep. *Segurança Alimentar: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. In: \_\_\_\_\_; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999, p. 61.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primaface/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 20 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996)*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso 20 ago. 2017.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina César de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidades de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016, p. 47-81. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

PODESTÁ, Olívia Perim Galvão de. *Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES*. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40, n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 232f. Dissertação (Mestre



em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. *Desigualdade reexaminada*. MENDES, Ricardo Doninelli (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

\_\_\_\_\_. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 20 ago. 2017.

# ÉTICA, DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO FAMILIAR

<sup>1</sup>Sílvia Rebeca Sabóia Quezado

<sup>2</sup>Paulo Germano Barrozo de Albuquerque

## RESUMO:

O presente estudo tem o condão de refletir acerca da relação entre Ética, Direitos Humanos e mediação familiar; explicitando sua ligação imanente. Os Direitos Humanos têm como pedra angular o princípio da dignidade humana, entretanto, para o seu pleno desenvolvimento, buscar-se-á apresentar como prática social – a mediação no âmbito familiar, capaz de ser portadora da ética, ou seja, no cultivo do valor dos valores, objeto socialmente inexplorado.

## PALAVRAS-CHAVE:

Ética. Direitos humanos. Mediação familiar. Perspectivas.

---

1 Mestranda em Direito Privado (Centro Universitário 7 de Setembro – UNI 7). Especialista em Direito Previdenciário, Direito Público e em Direito e Processo do Trabalho. Membro das Comissões: a) do Advogado Professor; b) de Seleção; c) de Estudos de Empresa e Societário; d) da Saúde, e; e) do Exame de Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Ceará. Advogada da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. 1ª Secretária Executiva da Comissão Setorial de Ética Pública da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará.

2 Doutor em Sociologia (Universidade Federal do Ceará – UFC).

## **1. INTRODUÇÃO**

A busca incessante da efetivação dos Direitos Humanos, a nosso ver, está intrinsecamente ligada a ética. Importa frisar que, a Constituição Federal de 1988 tem em seu texto um conjunto de princípios éticos instituídos pelo legislador originário, conferindo um tratamento sucinto e adequado às temáticas. Assim vemos dezessete princípios éticos: dignidade humana; igualdade; não invasividade à personalidade humana; não-abuso de poder, da não violência, da preservação de direitos humanos consagrados internacionalmente; das relações de trabalho; da liberdade intelectual; da tolerância; universalista; administrativa; ambiental e preservacionista; familiar; da integração da criança e do jovem; de apoio e sustentação ao idoso; da não-discriminação e da valorização de outras raças e culturas; científica; da comunicação social, e; da ordem econômica e do equilíbrio das relações de consumo (BITTAR, 2006, p. 133-135).

No tocante ao cerne do estudo, dar-se-á visibilidade a ética da dignidade humana e a ética no âmbito familiar, bem como a mediação que, visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entre os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes (WARAT, 1999, p. 30). Por isso, propomos a mediação como caminho frente aos litígios familistas.

## **2. ÉTICA, DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Inicialmente, a ideia de dignidade humana – ao lado dos direitos humanos – só vai emergir e se consolidar no vocabulário jurídico após uma reação da comunidade internacional ao totalitarismo dos regimes nazifascistas e às atrocidades por eles cometidas no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), “que ultrajaram a consciência da Humanidade”. Além desse marco histórico, certamente foi decisiva a existência prévia de uma concepção de homem igualitária e universal, que superasse qualquer distinção, como as relativas ao sexo, à origem étnica, à nacionalidade, à religião, e à saúde, em virtude de uma dignidade que é comum a todos os membros da espécie humana. Desse modo, a partir de meados do século XX, os documentos normativos in-

ternacionais e nacionais passaram a reservar uma posição de destaque à ideia de dignidade humana, assumindo esta a função de princípio fundamental da ordem jurídico-política (WEYNE, 2013, p. 88).

Decorrido mais de meio século da proclamação da Declaração Universal de 1948, constata-se que o mundo já experimenta a era dos direitos internacionalmente consagrados. Quanto à área de proteção dos direitos humanos, um dos temas centrais do Direito Internacional contemporâneo, materializa-se, é, verdade, cada vez mais, uma identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional (MALATO, 2012, p. 65).

Destaca-se que, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prescreve que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (Preâmbulo) e, em seguida, declara, que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (art. 1º).

Enquanto que, no plano nacional, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita inseriu o princípio da dignidade humana, em seu Título I – Dos Princípios Fundamentais.

O constituinte de 1988 tomou não só uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do poder estatal e do próprio Estado, mas também “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2007, p. 68).

Nessa perspectiva, a posição de proeminência que a dignidade humana assumiu no âmbito da legislação após a segunda metade do século XX, figurando como princípio fundamental do Direito e da democracia, também é sustentada pela doutrina jurídica majoritária nacional e estrangeira, que a considera, como fonte ética, princípio/valor supremo e, ainda, valor-fonte dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (WEYNE, 2013, p. 91).

Quanto à expressa valor-fonte, a dignidade humana é considerada, para quem a pessoa é o valor fonte de todos os valores. Pois, no centro da concepção axiológica situa-se, a ideia do homem como ente

que, a um só tempo, é e deve ser, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência (REALE, 2002, v. I, p. 589).

Muitas lutas já ocorreram em busca da universalização dos direitos humanos, com inúmeros acordos firmados, tendo por objetivo uma proteção legal internacional, em um lento e gradual processo de internacionalização que enfrenta barreiras até hoje. Nessa evolução, os direitos humanos passaram a transcender os interesses exclusivos dos Estados, salvaguardados no âmbito interno (MALATO, 2012, p. 65).

Essa nova concepção pretendeu “afastar definitivamente o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta – que considerava os Estados como únicos sujeitos de Direito Internacional Público – para proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os seres humanos” (MAZZUOLI, 2017, p. 03).

Diante da ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral (PIOVESAN, 2017, p. 04).

Por conseguinte, os seres humanos adquiriram uma posição central de sujeitos de direito internacional, tendo salvaguardados os seus direitos internacionalmente protegidos.

Na doutrina estrangeira, temos como representantes, Michael Kloefer e Jorge Miranda. A título exemplificativo, os autores brasileiros são, Cármem Lúcia Antunes da Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva e Ingo Sarlet.

Na Alemanha, os direitos humanos desempenham um papel importante no ordenamento constitucional, logo no art. 1º de sua Lei Fundamental: *A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la* (§ 1º).<sup>3</sup>

Nesse ínterim, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Os Poderes Legislativo, Executivo e

---

3 Tradução realizada por Maria Pontes de Salgado Campos Rodrigues e Marcia Lyra Nascimento Egg, Brasília-DF, Brasil da Embaixada da República Federal da Alemanha em Brasília-DF, Brasil. Disponível no site da Embaixada.

Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais (§ 2º).

De maneira geral, os doutrinadores alemães, atribuem ao princípio da dignidade humana como valor supremo da democracia livre pelo Tribunal Constitucional Federal; estaria no centro do sistema de valores da Constituição e pertenceria aos 'princípios constitucionais basilares' da LF (KLOEPFER, 2009, p. 157).

Ainda merece referência, por exemplo, a unidade de sentido, de valor e de concordância da pessoa humana, proclamada no art. 1º da Constituição da República Portuguesa, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado". Assim, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas (MIRANDA, 1993, v. IV, p. 166).

Entre os autores brasileiros, evidenciar-se-á, primeiro, quanto ao ângulo ético, segundo o qual, se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados (BONAVIDES, 2003, p. 233).

A dignidade humana também tem natureza de valor supremo e de princípio constitucional fundamental e geral que deve inspirar toda a ordem jurídica. Para ele, tal princípio constitui o valor supremo e fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito: Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional (SILVA, 1998, v. I, p. 587-591).

Por fim, a dignidade humana passa a ser [...] encarecida sobre qualquer outra ideia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se proteja e se elabora a partir de então (ROCHA, 2001, v. 2, n. 2, p. 53).

Em se tratando de direito, também é possível referir a existência de princípios. Em virtude da constante utilização dos princípios na atualidade, chega-se, mesmo, a afirmar que a comunidade jurídica presencia um verdadeiro estágio principiológico. Os princípios têm caráter jurídico normativo, segundo o entendimento majoritário da doutrina

contemporânea. Exercem, porém, dentro do sistema de normas um papel diferente daquele desempenhado pelas regras jurídicas. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de disciplinar as relações intersubjetivas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. O mesmo não se processa com os princípios (SOARES, 2004, p. 77-78).

As regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si (GUERRA FILHO, 1997, p. 17).

Deste modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o patamar do princípio jurídico conspurcado, visto que representa insurgência contra todo o sistema normativo, subvertendo os seus valores fundamentais (SOARES, 2004, p. 81).

### **3. MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO ABORDAGEM EFICAZ DE CONFLITOS SOCIAIS**

Na evolução da sociedade, desde a diferenciação funcional, a partir do momento em que se identificou o problema ou o fato do qual não se encontrou resposta natural ou simples, iniciou-se uma caminhada em busca de uma nova alternativa, uma possibilidade de resolvê-lo. Isso fez perceber que os métodos anteriormente utilizados para deci-

dir e tratar os conflitos não eram eficazes, instigando a buscar novas respostas e abrindo as portas para outros sistemas (ROCHA; WILLANI, 2015, p. 333-334).

No Brasil, a Constituição Federal em seu art. 226, *caput*, caracteriza a família como a base da sociedade, do que decorre especial proteção por parte do Estado.

Destaca-se que, o Direito, e notadamente o Direito de Família, está normalmente aquém das transformações sociais, mantendo-se rígido em sua estrutura conservadora até que sua flexibilização seja inevitável. Isso porque a família é um agrupamento que se dá de forma espontânea na sociedade, caracterizando-se como uma realidade multifacetada. O direito, através das leis, acaba por estruturar as famílias, congelando a realidade apresentada socialmente. Enfim, o Direito de Família “trata de codificar o que se impôs pela emotividade” (SOUZA, 2006, p. 351).

Isso porque o direito busca viabilizar a vida em sociedade, solucionando conflitos. Vivemos em família, e precisamos de regras de proceder, sem as quais haveria o caos (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2012, p. 21).

A noção do termo conflito, compreende o combate, em decorrência da conotação de divergência, lide. Conflito, entretanto, tem sentido geral, correspondendo a posições antagônicas.

A partir dessa percepção, há de se notar que o conflito impera como uma disfunção, como algo negativo a ser anulado. Assim, os juristas reuniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito, visto como algo a ser recusado, dominado ou anulado (COSTA, 2004, p. 161-162).

Na atualidade, essa visão encontra-se em colapso, na medida em que se desnuda o desdobramento que o conceito da palavra conflito significa. Tal conceito vai muito além da percepção dos sintagmas da linguagem impressa nos processos, pois abarca os mais variados tipos e origens e exige estratégias e meios muito mais flexíveis e diversos para o seu enfrentamento: decisão versus violência (DERRIDA, 2007, p. 20).

Frisa-se que, isso provocou uma abertura para reflexões gerando um movimento de formação de alternativas de auxílio ao judiciário a abordar esses conflitos. Porém, há de se acentuar que o Poder Judiciário permanece como mecanismo padrão de regulação dos mesmos,



embora toda alternativa seja uma opção para algo que se tem como padrão (ROCHA; WILLANI, 2015, p. 334).

Portanto, além dos casos em que é prevista a mediação, ela é plenamente aplicável ao Direito de Família, tendo como finalidade à pacificação dos conflitos no âmbito familiar, tão acentuados na vida contemporânea.

Cumpre inferir que a negociação diz respeito a um procedimento que visa discussões sobre as divergências entre as partes, para ao final atingirem um resultado. Com isso, ocorrendo a frustração da própria negociação, obviamente não existirá a pacificação do conflito familiar.

Quando há o surgimento da contenda, as portas dos métodos de resolução dos conflitos são abertas, em destaque, a mediação.

Ademais, cabe aos meios alternativos amparar e reestruturar essa base que se estremeceu e de reconstruir a ponte que permitirá a comunicação harmoniosa entre as partes novamente. Por nascerem dessa necessidade, os meios alternativos vêm sendo aperfeiçoados cada vez mais, em busca sempre de respostas mais eficientes e satisfatórias (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 34).

#### **4. A RESOLUÇÃO DA CONTENDA FAMILIAR A PARTIR DA MEDIAÇÃO**

O termo mediação advém do latim *mediatione* com significado de intercessão, intermédio, intervenção e derivado do verbo *mediare* – mediar ou intervir (MULLER; CRUZ; BARTILLOTTI, 2009, p. 221).

Definir mediação não é tarefa fácil. Há uma variedade de conceitos, devido notadamente à diversidade de ciências envolvidas em seu procedimento, as quais conceituam a mediação, cada uma à sua maneira.

Existe, uma discussão acerca da importância em formar profissionais capacitados a atuar numa seara tipicamente de embates, bem como, questionamentos sobre quem deve ser o mediador: o advogado, o assistente social, o médico, o administrador, o pedagogo ou o psicólogo. Essa preocupação é recente no Brasil, mas em países como os Estados Unidos, Canadá, França, Espanha e Argentina, a cultura da

mediação vem sendo absorvida há mais de três décadas, junto com seus naturais questionamentos (SALES, 2004, p. 20).

Pois, mediadores, com formação em assistência social, definem mediação de divórcio salientando a divisão econômica integrante do processo, ao passo que o terapeuta, imbuído da tarefa de ajudar os conflitantes a superar os malefícios e a prosseguir diante da realidade do desfazimento do casamento, tendem a definir como sendo esse entendimento e aceitação o objetivo da mediação. Por outro lado, mediadores com *background* nas ciências jurídicas veem o processo, preponderantemente, sob o enfoque contratual e legal (SERPA, 1998, p. 25).

A preocupação em treinar profissionais competentes e éticos na resolução de conflitos fez com que os dirigentes da Universidade de George Mason (EUA) criassem, no Instituto de Análise e Resolução de Conflitos (IÇAR), um programa de Pós-graduação em resolução de conflitos. O foco desse programa é “produzir profissionais reflexivos” (BIRKHOFF; WARFIELD, 1999, p. 02).

Esses terceiros qualificados e imparciais, ou seja, os mediadores, podem percorrer conscientemente uma abordagem que possibilite e auxilie aos participantes a desfrutar das oportunidades que o conflito revela para a autodeterminação e para o reconhecimento ou empatia, ao que denominam de potencial transformativo do conflito (FOLGER; BUSH, 1999, p. 06).

A mediação se propõe a solucionar os litígios de forma rápida, célere e eficaz, através da intervenção da figura do mediador que tem por objetivo aproximar as partes, visando ao término da controvérsia.

O trabalho do mediador sinaliza no sentido de que as próprias partes busquem a solução de seus conflitos, através da aproximação das mesmas e de sugestões que lhes são auferidas.

Os conflitos materializam-se nas conversações através da linguagem, logo, o diálogo pode ser a melhor opção para abordar as realidades conflitantes (GERGEN, 1999, p. 10).

Nesse ínterim é inserido o diálogo na transformação da realidade, a partir do poder das ideias como guia de ação e como instrumento para a compreensão da realidade, com destaque para os conflitos no âmbito familiar. Assim, a linguagem é portadora do ser, pode-se entender o sujeito como essencialmente diálogo, ou seja, a pessoa é um ser

em sua totalidade, que está aberto pelo diálogo a sua realidade, a sua história e ao outro. (BUBER, 2001, p. 12).

Ressalta-se que, a mediação com enfoque sistêmico compartilha a preocupação com o *domínio ético das relações entre as pessoas*. A ênfase nos diálogos, na colaboração e na co-criação da relação do mediador com a família estão associados à linguagem (BUBER, 2001, 13).

Há inúmeras vantagens na presença de um terceiro. Uma delas apresentada é que as partes, ao descreverem o conflito, acalmam-se, distanciando-se da contenda em si. Além do mais, os envolvidos na lide, quando na presença de um mediador, conseguem comunica-se melhor um com o outro, exercendo o terceiro, uma função de “tradutor” da visão que cada um tem da controvérsia para a outra parte.

A mediação, deve ser definida a partir de uma unidade temática, de forma a que se possa configurar um conceito apto a estabelecer a priori as possibilidades de comportamento inerentes a uma atividade aberta a produção de sentido do outro (ROCHA; WILLANI, 2015, p. 327).

A habilidade do mediador em utilizar técnicas que promovam o desenvolvimento ou a manifestação de criatividade, por parte dos mediados, é de grande importância para o bom andamento do processo, porque as pessoas envolvidas em conflitos, geralmente, encontram-se submetidas a fatores emocionais que contribuem para cercear o nascimento de ideias, possibilidades, opções ou futuras soluções [...] (NETO, 2007, v. 34, n. 05, p. 85-101).

A mediação tem a presença de um terceiro, estranho à contenda, para ajudar a mediar o conflito. O mediador facilita na composição da lide e é imparcial, apenas auxiliando as partes a chegarem a um consenso. Havendo diferenciação entre o mediador e o conciliador. A diferença mais assinalada entre mediação e conciliação não consiste na maior ou menor passividade do terceiro e sim na diretriz das respectivas atividades; a do conciliador está orientada para composição equitativa do conflito, em conformidade com as pretensões das partes; a do mediador está voltada para a realização do acordo, mas em conformidade com diretrizes próprias.

Implica lucidez quanto às limitações do procedimento da negociação, isto é, todos os conflitos podem ser mediados, mas nem todos os conflitos podem ser negociados, em face do princípio da indisponibilidade dos direitos.

Interessante trazer que as hipóteses conflitantes são infelizmente encaminhadas ao Poder Judiciário. Todavia, pode ocorrer a tentativa da mediação, sempre com o intento de uma solução amigável e consensual.

A teoria da mediação deve muito a obra de J. F. Six, “Les temps des médiauter” (uma definição geral de mediação deve levar em consideração que existe quatro espécies de mediação, as duas primeiras estando destinadas a fazer nascer ou renascer uma ligação, as duas outras estando destinadas a terminar um conflito). Globalmente, a mediação se define antes de tudo como um processo de comunicação estática repousando sobre a responsabilidade e autonomia dos participantes dentre os quais um terceiro – imparcial, independente, neutro, com a única autoridade que lhe reconhece os mediados – favorece contatos confidenciais estabelecidos, e capazes de reestabelecerem relações sociais, a prevenção ou a regulamentação da situação em causa (GUILLAUME-HOFNUNG, 2013, p. 31).

No entanto, a mediação ainda não se consolidou em todo o seu potencial, principalmente na distante seara familiar.

Com base nos dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, em 2010, a mediação, é, todavia, ainda muito precária, com exceção dos Estados Unidos da América. No que concerne ao Brasil, os dados estatísticos são parcos e muito pouco sistematizados. Um primeiro diagnóstico nacional foi realizado em 2005 pelo Ministério da Justiça e trouxe a público apenas 67 experiências espalhadas em todo o país, número que parecer não contemplar uma parte considerável das iniciativas em curso, como os próprios relatores do diagnóstico afirmam (NICÁCIO, 2011, v. 53, n. 83, p. 79).

É relevante mencionar que, o objetivo da mediação é duplo de uma parte, a partir de um esclarecimento empírico construído pelos práticos da mediação se trata de discernir aquilo que ela esconde concretamente e como ela funciona nos três contextos particulares que são o cotidiano, [...] de outra parte, a partir de uma análise dos objetivos da mediação e de sua confrontação as práticas, se tratará de se tentar melhor compreender o jogo normativo, político e social que vem, deste modo alternativo de regulamento dos conflitos e das dificuldades as quais se confrontam o mediador (BOUCHAT, 2013, p. 09).

Assim, a imperiosa transformação na condução das relações familiares, portanto, deve ser enfatizada pela figura do mediador, que tem como objetivo precípua a manutenção dos direitos, com ênfase no princípio da dignidade humana.

Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora. Pois, situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem colocá-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-los com os outros (LUHMANN, 2007, p. 33).

A ética, direitos humanos e mediação familiar: ligação imanente, solicita que sejam expostos e colocados em prática. Com efeito, o direito coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos conflitantes estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem encontrar vigor, também, aqui, senão graças à própria humanidade. Bastaria, para tanto, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como “ser homem” e “ter humanidade” (RESTA, 2004, p. 13).

Interessante trazer relato que para o bom desempenho da mediação, deve ter sempre como propósito a solução justa e objetiva dos problemas levantados. Mister se faz inserir um ambiente ético, de credibilidade. Dessa forma, o mediador deve fomentar a criatividade das partes, estimulando sugestões sinérgicas e procurando transformar a relação conflituosa em atitudes de mútua cooperação.

## **5. CONCLUSÃO**

Então do apresentado no presente trabalho, dispôs-se da ligação imanente entre a ética, direitos humanos e mediação familiar, numa

perspectiva de que é plenamente possível haver uma flexibilização acerca do ajuste do conflito entre os membros da família a partir da busca de melhores condições para o âmbito familiar, por intermédio do diálogo, cerne para a solução da contenda.

O conflito familista às vezes é resolvido através da negociação direta entre as partes, mas quando isso não é possível, volta-se a família ao Poder Judiciário. Assim, buscam os envolvidos conseguir por meio do processo o que não alcançaram sozinhos.

Dessa maneira, vislumbra-se a necessidade da aplicação de um dos métodos de resolução de conflitos, qual seja, a mediação, haja vista a intervenção de um terceiro, ou seja, de um mediador qualificado e imparcial na área do Direito de Família.

Decorrendo dessa premissa, fez-se mister um enfoque maior na solução das controvérsias no âmbito familiar, o qual foi demonstrado no presente trabalho.

Desta feita, os métodos de resolução das contendas diárias insem-se em uma política de conciliação social e de harmonia, ao passo que o mediador cumpre o papel essencial de auxiliar na neutralização das emoções, na comunicação e na abertura do diálogo e, se possível, na formalização do acordo.

Visto que, o mediador trará ao diálogo o componente do domínio ético das relações entre as partes envolvidas no âmbito do Direito de Família, bem como o valor supremo e de princípio constitucional fundamental – o princípio da dignidade humana.

Com isso, o sucesso do método abordado evita, frequentemente, o desgaste desde o emocional até o processual, trazendo, de imediato, a satisfação das partes que estão em litígio, além da economia que representa para os cidadãos e para o Estado, ao deixar para a solução judicial apenas os casos em que realmente se verifica impossível o acordo entre os membros da família.

Estes resultados, altamente positivos, confirmam a importância e ampla aceitação do sistema para solução negociada e pacífica dos conflitos e, sobretudo, para auxiliar as partes a estabelecerem convivência mais harmônica para o futuro, bem como ser fundamental para a(s) família(s) não recorrer(m), sistematicamente, ao Poder Judiciário para dirimir suas controvérsias.

Destaca-se assim o presente trabalho, de releitura de mecanismo já utilizado por muitas culturas, com uma proposta à solidificação de uma cultura de pacificação social, por intermédio da mediação.

Por fim, a reunião dos litigantes, na intenção de dirimir um conflito, é a oportunidade de inserção da mentalidade compositiva, um indicativo de evolução das relações entre os familiares por meio da implementação do diálogo através da ética.

## REFERÊNCIAS

BIRKHOFF, J.; WARFIELD, W. *O desenvolvimento da pedagogia e da prática*. In: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJONH, S. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, cidadania e constituição: o direito à dignidade e à condição humana*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006.

BOANVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUCHAT, Marie-Eve Carrette. *Formation generale a la mediation*. In: GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La mediation*. Paris: Puf, 2013.

BUBER, M. *Eu e tu*. N. A. Von Zuben (Trad.). Porto Alegre: Centauro, 2001.

BUSH, B.; FOLGER, J. P. *La promessa de mediación*. Buenos Aires: Granica, 1996.

COSTAS, Alexandre Araújo. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupo de pesquisa. v. 4, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GERGEN, K. *Rumo a um vocabulário do diálogo transformador*. In: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJONH, S. (Orgs.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

GUERRA FILHO, Willis. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La mediation*. Paris: Puf, 2013.

KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. Tradução de R. Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUHMANN, Niklas. *La sociedade de la sociedade*. México: Herder, 2007.

MALATO, Luiz Ernane Ferreira Ribeiro. *Direitos humanos: federalização da competência e a Amazônia*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro. Disponível em: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>, acessado em: 01/08/2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. v. IV, 1993.

MULLER, Fernanda Graudenz; CRUZ, Roberto Moraes; BARTILLOTTI, Carolina Bunn. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. In: ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (Org.). São Paulo: Vetor, 2009.

NETO, Adolfo Braga. *Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 34, n. 05, 2007.

NICÁCIO, Camila. *Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça?* Revista Trib. Reg. Trab. 3a Reg. Belo Horizonte, v. 53, n. 83, jan./jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud2/duh50.htm>, acessado em: 01/08/2017.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTA, Eligio. *Direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, v. 2, n. 2, 2001.



ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. *Mediação e direitos humanos*. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CAÚLA, Bleine Queiroz. *Direitos humanos: histórico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2015.

SALES, L. M. de M. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del-rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Líber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A interpretação principiológica da dignidade humana*. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). *Anais do Seminário Brasil-Alemanha*. Salvador: UNIME/Goethe-Institut, 2004.

SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *O litígio nas separações: A disputa como tentativa de prolongamento do vínculo*. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Argentina: ALMED – Angra Impresiones, 1999.

WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013.

# A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS NO ESTADO BRASILEIRO

<sup>1</sup>Álcio Pereira

<sup>2</sup>Darlan Alves Moulin

## RESUMO:

O presente estudo aborda a questão da redução da maioridade penal no Brasil e suas consequências sociais. Questiona-se, como problemática, se a redução da maioridade penal seria a solução para a diminuição da criminalidade que assola o Estado brasileiro. Para tanto, utilizou-se os métodos de revisão bibliográfica e análise de documentos para se comprovar que a redução da maioridade penal não resolverá o problema da criminalidade no Brasil.

## PALAVRAS CHAVES:

Maioridade penal. Redução. Consequências sociais. Estado brasileiro.

---

1 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL /Lorena. Professor Universitário. Advogado. E-mail: [alciopereira@yahoo.com.br](mailto:alciopereira@yahoo.com.br)

2 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL /Lorena. Professor de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário da Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. E-mail: [darlan\\_moulin@hotmail.com](mailto:darlan_moulin@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da diminuição da maioridade penal e as suas consequências sociais no Estado brasileiro. A pesquisa buscou identificar as razões pelas quais a sociedade exige uma ação concreta do Estado para punir, criminalmente, crianças e adolescentes menores de 18 (dezoito) anos, os quais estão envolvidos direta ou indiretamente com a prática de crimes que têm chocado a sociedade. Este trabalho também buscou identificar se há possibilidade jurídica de reduzir a idade penal no Brasil, a fim de atender aos anseios da sociedade.

Questiona-se, como problemática, se a redução da maioridade penal acabará com a violência que está assolando o Estado brasileiro nos últimos tempos ou se esta redução ampliará as desigualdades sociais já existentes, tendo em vista a falta de investimentos do Estado em setores básicos da sociedade.

Por tais razões, busca-se a possibilidade de se demonstrar para a sociedade que a redução da maioridade penal não será a solução para o problema do alto índice de criminalidade existente no Brasil, tendo em vista que este problema é ocasionado pela falta de investimentos do Poder Público em serviços públicos essenciais, tais como educação e saúde.

Inicialmente, será verificado o entendimento da doutrina sobre os institutos da imputabilidade e da culpabilidade, a fim de se verificar a possibilidade jurídica de se punir criminalmente os menores de 18 (dezoito) anos. Em seguida, será analisada a questão da idade penal nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive o do Brasil. Serão analisadas, também, as razões dos debates que ocorrem no Brasil sobre a questão da redução da maioridade penal, oportunidade na qual serão demonstrados alguns argumentos contrários e favoráveis a essa redução.

Por fim, será demonstrado que a inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos é uma cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual não pode ser alterado, tendo em vista que é um direito individual para garantir às crianças e adolescentes o direito à máxima proteção contra a ineficácia das políticas públicas existentes no Brasil.

Além disso, este trabalho verificará as consequências sociais que a redução da maioria penal poderá acarretar na sociedade brasileira, tendo em vista que a solução para a redução da criminalidade que assola o Brasil não está na diminuição da idade penal, o que possibilitaria a punição criminal de crianças e adolescentes infratores.

Para que haja a diminuição da criminalidade, é necessário que sejam realizados investimentos eficazes nas áreas de saúde, educação, esporte, lazer e saneamento básico em todo o território do Estado, principalmente nas comunidades menos favorecidas, qualificando jovens e adultos para o mercado de trabalho, diminuindo, desta forma, as desigualdades sociais existentes no Brasil.

Para tanto, utilizou-se os métodos de revisão bibliográfica e análise de dados e documentos para se atestar que a redução da maioria penal não será a solução para o grave problema da criminalidade existente no Brasil, mas sim o investimento público em serviços essenciais, visando à redução das desigualdades sociais.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL**

Inicialmente, é importante esclarecer o significado do termo imputabilidade para que a compreensão do presente tema seja eficaz. Imputabilidade é uma derivação do verbo *imputar*, do latim *imputare*, o qual pode ser compreendido como atribuir, aplicar, levar em conta e exprime a qualidade do que é imputável (PLÁCIDO, 2009, p. 280).

Nesse sentido, Bittencourt (2000, p. 300) leciona que a imputabilidade é o juízo de um fato previsto como meramente possível e a imputação pode ser compreendida como sendo um juízo de um fato ocorrido. A imputabilidade também pode ser compreendida como a contemplação de uma idéia e um conceito puro, enquanto que a imputação é o exame sobre um fato concreto, a presença de uma realidade.

Mirabete (2008, p. 207), utilizando-se da teoria da imputabilidade moral (livre-arbítrio), sustenta que o ser humano é livre e inteligente, motivos pelos quais pode escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, razão pela qual a ele pode ser atribuída às responsabilidades pelos atos ilícitos que praticou. Para o autor, essa atribuição é denominada de imputação, de onde deriva o termo imputabilidade.

Desta forma, pode ser verificado que haverá imputabilidade quando o indivíduo tiver a capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta e agir conforme esse entendimento. Além disso, é importante para melhor compreensão deste trabalho que o conceito de imputabilidade penal seja esclarecido.

Nesse sentido, Nucci (2009, p. 295) leciona que a imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais, as quais envolvem vontade e inteligência, permitindo que o indivíduo tenha entendimento do caráter ilícito do fato, devendo comportar-se de acordo com esse entendimento. Para que haja a formação dessas condições pessoais do imputável, é necessário que o indivíduo possua sanidade mental e maturidade. Caso este indivíduo não possua as condições necessárias para entender a distinção entre o que é certo e o que é errado, não poderá determinar-se por tal compreensão e acabará praticando um fato típico e antijurídico, mas não poderá ser censurado por isso, ou seja, não poderá sofrer juízo de culpabilidade.

Corroborando esse entendimento, Jesus (2010, p. 513) leciona que inimputável é o indivíduo que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da prática do fato, a capacidade de compreender o seu caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O autor afirma, também, que o imputável é aquele indivíduo mentalmente são e desenvolvido, possuindo a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se e acordo com esse entendimento.

É importante esclarecer, ainda, que há distinção entre imputabilidade e responsabilidade penal, a qual pode ser compreendida como sendo às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração. A responsabilidade pode ser definida como sendo o dever que o indivíduo possui de prestar contas dos seus atos e arcar com as consequências jurídicas do crime por ele cometido. Essa responsabilidade depende da imputabilidade da pessoa, a qual não pode ser responsabilizada e sofrer as consequências do fato criminoso se não tiver a consciência de sua antijuridicidade e querer executá-lo (JESUS, 2010, p. 514).

Além dos conceitos acima estudados sobre imputabilidade e inimputabilidade penal, é importante entender o significado de culpabilidade para melhor compreensão do tema dessa pesquisa, o qual é de extrema importância na atualidade. Quanto ao termo culpabilidade, Mirabete (2008, p. 191) leciona que o sentido das palavras culpa e

culpado indica que um determinado indivíduo é responsável por uma transgressão, por uma falta cometida, ou seja, por ter praticado um ato condenável.

Mirabete (2008) ao ensinar sobre os elementos da culpabilidade afirmou que somente haverá culpabilidade se o indivíduo, de acordo com suas condições psíquicas tinha plena capacidade de estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito posto (imputabilidade) e se esse indivíduo tinha as condições de compreender a ilicitude da sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude) e se era possível exigir, naquelas circunstâncias, que o indivíduo tivesse conduta diferente daquela que foi praticada por ele (exigibilidade de conduta diversa).

Desta forma, diante de um ato ilícito praticado pelo indivíduo é imprescindível que seja verificada a existência dos elementos da culpabilidade, tendo em vista que na ausência de um deles não ficará caracterizada a culpabilidade, motivo pelo qual não poderá se falar em imposição de pena.

Assim, Nucci (2009, p. 289) ensina que a culpabilidade pode ser compreendida como sendo um juízo de reprovação social, o qual irá incidir sobre o fato e seu autor, devendo esse indivíduo ser imputável, atuar com consciência potencial da ilicitude e ter a possibilidade e a exigibilidade de agir de outra maneira, seguindo as regras determinadas pelo ordenamento jurídico.

### **3. A MAIORIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO ORDENAMENTO JURÍDICO DE OUTROS ESTADOS SOBERANOS**

Quanto à maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro, é importante esclarecer que essa não foi aplicada desde o início aos maiores de dezoito anos. A imputabilidade penal no Brasil passou por diversas alterações no decorrer dos anos.

Com a colonização portuguesa, o Brasil passou a utilizar as leis vigentes em Portugal, quais sejam as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manoelinas e as Ordenações Filipinas. É importante esclarecer que “no Brasil, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não foram encontradas demonstrações de preocupação legislativa com o direito do menor” (COSTA, 2002, p. 15). No período das Ordenações

Filipinas, a única garantia para os jovens com menos de 17 (dezesete) anos era o fato de que a pena de morte não lhes seria aplicada.

Após a proclamação da independência do Brasil em 1822, foi editado o primeiro Código Penal em 1830, o qual adotou um sistema que determinou a maioria criminal absoluta aos 14 (quatorze) anos, exceto para aqueles que nascessem com algum tipo de deficiência.

Com a Revolução Industrial no final do século XIX, muitos homens e mulheres passaram a ficar mais tempo fora de casa pela necessidade de se dedicar ao trabalho para providenciar o sustento de suas famílias. Essa ausência dos pais fez com que muitas crianças e adolescentes passassem a conviver com muitos marginais pelas ruas, o que acabou acarretando o desenvolvimento de uma personalidade criminosa nessas crianças e adolescentes que acabou resultando num aumento de crimes praticados por menores de idade, razão pela qual foi começaram uma discussão para modificação das leis.

Após a Proclamação da República em 1889, foi editada uma nova legislação, a qual criou o Código Penal Republicano em 1890. Esse código disciplinava em seu artigo 27, § 1º que "Irresponsável penalmente seria o menor com idade até nove anos". Desta forma, pode-se verificar que todos aqueles com idade superior a 09 (nove) anos seriam submetidos a uma análise do seu discernimento para que fosse atestada a sua aptidão se tinha ou não capacidade de discernimento entre o bem e o mal. Este dispositivo foi revogado pela Lei nº 4.242, de 1921.

A referida lei permitia que o governo criasse um serviço de assistência ao menor desviante. O artigo 3º, parágrafo 20, da citada lei afirmava que:

*O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção será submetido a processo especial.*

Em 1926 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Menores, o qual afirmava que o menor de 14 (quatorze) anos passaria por um processo de internação em casa de educação ou casa de preservação; ou então este menor seria submetido à tutela de alguma pessoa de caráter idôneo até que completasse os 21 (vinte e um) anos, sendo proibida a sua prisão mesmo que tivesse cometido ato infracional.

Em 1940 foi editado o atual Código Penal brasileiro, o qual dispõe em seu artigo 27 que “os menores de 18 anos são penalmente inimpugnáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Assim, verifica-se que o legislador ordinário adotou o critério biológico para estabelecer a condição de imaturidade e inimpugnabilidade do menor de 18 (dezoito) anos.

É importante esclarecer, ainda, que no Brasil existem outras fontes legislativas que regulamentam a idade penal do indivíduo, tais como o artigo 288 da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, que é a lei especial dos menores.

Quanto a esse critério de aferição da capacidade de discernimento de uma pessoa, é importante esclarecer que existem três formas juridicamente válidas. Uma delas é o critério biológico, no qual apenas é levada em consideração a idade do indivíduo. Existe, ainda, o critério psicológico, no qual é analisada a psique de cada indivíduo quanto à compreensão do crime e de seus atos. O último critério é o misto, no qual há uma mescla dos dois critérios vistos anteriormente. O critério misto é adotado em outras legislações de outros países.

O Brasil adotou o critério do sistema biológico, no qual o legislador constitucional e infraconstitucional fixou a idade penal aos dezoito anos de idade. A proteção do menor encontra-se em três Diplomas Legais: 1) artigo 27 do Código Penal; 2) artigo 104 caput do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3) e artigo 228 da Constituição Federal.

Verificamos que a idade penal no Brasil foi definida pelo critério biológico, tendo sido estabelecida aos 18 (dezoito) anos. No entanto, muitos países adotam idades mínimas diversas para que o indivíduo seja considerado capaz para responder por seus atos ilícitos praticados junto à justiça, o que acaba por variar de acordo com os costumes e culturas de cada país.

Para melhor compreensão da idade mínima adotada em diversos países para que a pessoa passe a responder por seus atos, faz-se necessário que sejam analisados os dados constantes na tabela comparativa a seguir, a qual foi retirada do site do Ministério Público do estado do Paraná/PR. 3

---

3 IDADE PENAL: tabela comparativa. Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em: 14 set. 2017.



Idade Penal: Tabela comparativa

Tabela comparativa em diferentes Países:  
Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaldías ou penitenciárias. ***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2° da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.

Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei. ***
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense ( <i>Youth Criminal Justice Act/2002</i> ) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesséis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correccionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Senior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10 *	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade ( <i>Jeune</i> ) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.

Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de Gales	10/15 *	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11 **	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V. ***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14 * /16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na prática de delitos graves, para os demais delitos, a idade de início é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

\* Somente para delitos graves.

\*\* Legislações diferenciadas em cada estado.

\*\*\* Complemento adicional

Fonte: Ministério Público do estado do Paraná/PR.

#### **4. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: UM DEBATE QUE DIVIDE A OPINIÃO PÚBLICA**

Um tema bastante discutido nos últimos tempos na sociedade brasileira é a possibilidade de redução da maioridade penal e se esta redução ofenderia, ou não, a Constituição Federal de 1988. Algumas pesquisas apontam que a maioria da população brasileira é favorável a essa redução, tendo em vistas os diversos crimes graves praticados por adolescentes na sociedade atual.

De acordo com a UNICEF, o Brasil discute o tema da redução da idade penal desde 1999 e desde então, o Congresso Nacional já recebeu diversas Propostas de Emenda à Constituição Federal visando alterar a idade penal para que os adolescentes que cometem crimes sejam punidos com o mesmo rigor da lei que é aplicada aos demais réus maiores de idade.<sup>4</sup>

Vale ressaltar que em 2013 o debate sobre a redução da maioridade penal estampou os noticiários do país com a notícia sobre a morte do universitário Victor Hugo Deppman, de 19 (dezenove) anos, em frente à sua residência na cidade de São Paulo. O assassinato de Victor foi cometido, em tese, por um adolescente de 17 (dezesete) anos, o qual faria 18 (dezoito) anos poucos dias após a prática do crime.<sup>5</sup>

Neste período, várias manifestações públicas ocorreram, inclusive com mobilização nas redes sociais, e protestaram para que a idade penal fosse reduzida. Nessas manifestações, muitos familiares de vítimas que foram mortas por adolescentes fecharam a avenida paulista e clamaram pela redução da maioridade penal.<sup>6</sup>

Devido a todas essas manifestações sociais a favor da redução da idade penal, alguns políticos expuseram suas opiniões, dentre eles o Senador Álvaro Dias que acabou apresentando, no mesmo ano, uma proposta de emenda constitucional com o objetivo de alterar o artigo

---

4 UNICEF - Porque dizer não à redução da idade penal. 2007. Disponível em: < <https://18razoes.wordpress.com/2016/08/11/reducao-da-maioridade-penal-sera-debatida-hoje-em-brasilia/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

5 Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/02/comissao-do-senado-rejeita-reduzir-maioridade-penal-em-crime-hediondo.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

6 Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/04/manifestacao-em-sao-paulo-pe-de-reducao-damaioridade-penal>>. Acesso em: 13 set. 2017.

228 da Constituição Federal a fim de fosse possível a redução da maioria penal no Brasil.<sup>7</sup>

O senador, em sua PEC, justificou a necessidade de se alterar a Constituição Federal, tendo em vista que a atual idade de 18 anos como parâmetro para a inimputabilidade teria como fundamento o fato de que as pessoas abaixo dessa faixa etária não teriam o desenvolvimento mental completo. Além disso, o senador afirma que esta faixa etária para a inimputabilidade acaba por ofender a própria evolução da sociedade pós-moderna, tendo em vista que as pessoas acabam por compreender os fatos da vida cada dia mais cedo.

O senador afirma, ainda, que esta mudança na Constituição viabilizaria a modificação de todo o sistema penal e que a PEC apresentada não afrontaria o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, tendo em vista que a inimputabilidade não possui as características da indivisibilidade e da universalidade, as quais são essenciais aos direitos individuais.

O senador sustentou, ainda, que a opinião pública tem se manifestado no sentido de que os crimes praticados por menores infratores têm sido um dos maiores problemas sociais que o cidadão brasileiro tem enfrentado nos últimos tempos, o que acabaria por legitimar a alteração constitucional de forma a possibilitar a redução da idade penal para atender aos anseios da sociedade.

No entanto, todas as propostas de emenda constitucional que tramitavam sobre o referido tema foram rejeitadas, sob o fundamento de que seriam inconstitucionais por grave ofensa ao artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Assim, pode-se verificar que a redução da maioria penal é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a inimputabilidade pode ser considerada uma garantia individual e assim uma cláusula pétrea.

---

7 PEC 21, de 2013. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112420>>. Acesso em: 29 set. 2017.

## **5. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **5.1 Argumentos contrários**

A discussão quanto à redução da maioridade penal no Brasil é grande, tendo em vista que diversos grupos sociais se manifestam, inclusive pelas redes sociais, demonstrando suas razões e defendendo os seus pontos de vista.

Dentre esses grupos sociais, deve ser citado o Movimento do Ministério Público Democrático que é uma associação civil sem fins lucrativos nem corporativos que atua em todo o Brasil, trabalhando com menores infratores, a qual externou sua posição contrária à redução da maioridade penal, principalmente em relação a PEC 171 que propôs a redução da idade mínima para que houvesse a responsabilização penal, a qual acabou sendo rejeitada pela Câmara Federal. A seguir, serão expostos alguns argumentos contrários à redução da maioridade penal, tais como <sup>8</sup>:

1. O artigo 228 da Constituição Federal que determina a idade penal mínima aos 18 (dezoito) anos é considerado uma cláusula pétrea e integra o núcleo irreformável da Lei Maior, motivo pelo qual é imutável, não podendo ser alterada, nem mesmo por emenda constitucional.
2. A idade mínima de 18 (dezoito) anos foi fundamentalmente determinada por força de uma decisão de política criminal, apesar da precoce conscientização de parte da população quanto ao caráter criminoso de algumas condutas.
3. A ciência da criminologia revela que o direito penal, por si só, não é capaz de reduzir a criminalidade, principalmente quando o seu objetivo é tentar satisfazer o clamor da sociedade e o seu desejo por vingança social. Assim, haverá um agravamento no quadro das desigualdades sociais, que acabará punindo criminalmente aquelas pessoas menos favorecidas economicamente, as quais

---

<sup>8</sup> 18 razões para a não redução da maioridade penal. Disponível em: <<https://18razoes.wordpress.com/quem-somos/>>. Acesso em 15 set. 2017.

possuem grandes dificuldades de acesso à justiça.

4. A atribuição que é dada aos adolescentes como responsáveis pelo aumento na criminalidade é descabida, tendo em vista que eles são os responsáveis por menos de 1% dos homicídios cometidos no país. Essas atribuições visam responsabilizar de forma indevida os jovens pelo fracasso do Estado na implementação de políticas preventivas, as quais não cumprem as diretrizes constitucionais para a concretização das condições mínimas necessárias para que uma pessoa possa ter uma vida digna.
5. O sistema carcerário no Brasil é comandado, na realidade, pelo crime organizado. É importante esclarecer que crianças e adolescentes são seres humanos que estão em processo de formação, razão pela qual necessitam de educação de qualidade para o desenvolvimento de sua estrutura. Além disso, eles necessitam de exemplos de dignidade, de valores morais e éticos de seus responsáveis (família, sociedade e Estado), sendo certo que a convivência de crianças e adolescentes com criminosos não permitirá que o Direito Penal venha cumprir as suas funções essenciais.

Dessa forma, verifica-se que os menores de 18 (dezoito) anos não teriam o desenvolvimento físico, biológico e psicológico suficiente e adequado para assumir a responsabilidade pelos crimes por eles praticados, tendo em vista o processo de desenvolvimento pelo qual estão passando.

Portanto, a solução para o problema da criminalidade cometido por crianças e adolescentes seria a atuação positiva do Estado, com investimentos amplos e efetivos na área da educação, esporte e lazer, bem como promovendo políticas públicas para a redução das desigualdades sociais.

## **5.2 Argumentos favoráveis**

Um dos argumentos mais utilizados em favor da redução da maioria penal é no sentido de que o artigo 228 da Lei Maior não é cláusula pétrea, razão pela qual não haveria inconstitucionalidade em sua alteração.

É importante esclarecer que a maioria dos argumentos favoráveis estão relacionados à questões sociais e opiniões individuais, desprovida de qualquer fundamentação jurídica.

Há pessoas que defendem a tese de que a redução da maioria penal é necessária, tendo em vista que o tratamento especial dado aos menores não tem sido suficiente para ressocializá-los, tendo em vista a gravidade dos atos infracionais por eles praticados. Assim, verifica-se que a legislação especial tem se mostrado insuficiente ao prever medidas que são incompatíveis com a gravidade dos crimes praticados.

Afirmam, ainda, que não há relação entre a delinquência e a exclusão social, tendo em vista que uma ínfima parcela daqueles que são considerados excluídos passam a se dedicar a prática de crimes. Além disso, a delinquência não estaria relacionada às classes sociais menos favorecidas.

O inconformismo da população frente ao aumento da criminalidade que tende a aumentar sem que haja perspectiva de sua finalização é a peça chave para todo esse movimento a favor da redução da maioria penal.

Em 2013 foi realizada uma pesquisa pelo instituto CNT/MDA, na qual foi constatada que mais de 90 % (noventa por cento) da população brasileira é a favor da redução da maioria penal (PRAZERES, 2015).

Portanto, verifica-se que os argumentos favoráveis à redução da maioria penal são relacionados com o inconformismo da opinião pública que não agüenta mais o aumento de crimes praticados por crianças e adolescentes, sem que estes possam ser punidos na mesma proporção dos crimes praticados.

## **6. A INIMPUTABILIDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O artigo 228 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Esse dispositivo constitucional deve ser interpretado como um direito e garantia fundamental, tendo em vista que coaduna com a concretização da Dignidade Humana.



Levando-se em consideração que o referido artigo é um direito e garantia fundamental, bem como realizando uma interpretação literal do texto constitucional, fica evidenciada a impossibilidade de haver a redução da maioria ou imputabilidade penal, tendo em vista o disposto no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, a qual é considerada uma cláusula pétrea, não podendo ser alterada nem por emenda constitucional, conforme pode ser verificado nos termos a seguir transcritos:

*Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*IV - os direitos e garantias individuais.*

É importante esclarecer que muitos autores afirmam que o artigo 228 da Constituição Federal não poderia ser considerado como direito fundamental, tendo em vista que não estaria previsto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I intitulado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Esses autores sustentam ainda que imputabilidade penal pudesse ser alterada caso houvesse vontade política para tanto. Nesse sentido, Rogério Greco leciona que

*Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Carta Magna. (2010, p. 381).*

Entretanto, o entendimento majoritário é no sentido de que a imputabilidade penal é um direito e garantia individual (SILVA, 2006, p. 861-862). Além disso, existe entendimento pacificado de que os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, são classificados pelos critérios formais e materiais.

O critério formal estabelece que os direitos fundamentais seriam aqueles que estão previstos expressamente no título II da Constituição Federal. Diferentemente do critério formal, o material é aquele que afirma que os direitos fundamentais podem estar previstos no conteúdo

dos demais artigos da Constituição. O critério material se fundamenta na cláusula de abertura dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5<sup>a</sup>, § 2º, da Constituição Federal, cujo teor segue transcrito:

*Art. 5º [...]*

*§ 2º 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.*

Desta forma, verifica-se que a própria Constituição Federal admite que existam direitos fundamentais distintos daqueles previstos em seu artigo 5º, uma vez que o rol desses direitos não é taxativo, pois a referida cláusula de abertura admite que haja direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Esse entendimento é majoritário, tendo em vista que os direitos fundamentais, via de regra, serão sempre benéficos aos indivíduos e passarão a receber proteção legal, uma vez que:

*Refere-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (SILVA, 2013, p. 180).*

Assim, pode-se verificar que os direitos fundamentais são garantias dos indivíduos que servem para limitar e determinar a atuação estatal e dos demais indivíduos dentro da sociedade com o objetivo de promover o estado de bem estar social, concretizando a dignidade da pessoa humana.

No entanto, os autores que defendem a redução da maioria penal afirmam que o artigo 228 da Constituição Federal não pode ser considerado uma cláusula pétrea, uma vez que seu conteúdo não é equivalente ao dos direitos fundamentais.

O entendimento desses autores não merece prosperar, tendo em vista que o direito a inimizabilidade penal está previsto no Título VIII – Da Ordem Social, em seu Capítulo VII: Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, os quais são extremamente importantes. Esses direitos fundamentais visam resguardar o mínimo existencial de cada pessoa, a fim de concretizar a dignidade humana, motivo pelo qual deve ser observado pelo Estado.

Verifica-se que os direitos fundamentais possuem caráter de cláusulas pétreas, razão pela qual não podem ser reduzidos. O que se admite é a ampliação desses direitos e a constituição de novos direitos, tendo em vista que se referem às conquistas sociais que foram obtidas ao longo evolução da sociedade, não podendo ser suprimidas, sob pena que violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

*Concebe-se a inimputabilidade como uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do artigo 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – 16 anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do parágrafo 4º, IV, do artigo 60 da CF (DOTTI, 2006, p. 412-413 apud SILVA, 2006, p. 861/862).*

Desta forma, constata-se que o artigo 228 da Constituição Federal é uma garantia de que os menores de 18 (dezoito) anos não serão responsabilizados criminalmente com as sanções previstas no Código Penal. Essa proteção é necessária para evitar maiores problemas, tendo em vista que a condição pessoal do menor de 18 (dezoito) anos está em pleno desenvolvimento físico, emocional, espiritual, mental e social. As infrações cometidas por estes menores devem ser analisadas por um regulamento especial, que no Brasil é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, os menores infratores seriam responsabilizados de ordem especial, como a tutela de seus direitos subjetivos e, de forma indireta, de liberdade e desenvolvimento social e pessoal, os quais são verdadeiras cláusulas pétreas, motivo pelo qual qualquer emenda tendente a abolir do texto da constituição ou que vise reduzir a idade de responsabilização penal estará eivada de vício de inconstitucionalidade, sendo expressamente vedada pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

## **7. AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL**

Como visto anteriormente, a maior parte da população é a favor da redução da maioridade penal e sustentam suas teses em argumentos que são superficiais e falaciosos, tendo em vista que são desprovidos de qualquer conhecimento técnico ou jurídico sobre o assunto. No entanto, existem alguns setores da sociedade que se dedicam ao estudo da criminalidade infanto-juvenil e se posicionam de forma contrária a todas as propostas de diminuição da idade penal para fins de responsabilização criminal que é prevista para os 18 (dezoito) anos, conforme artigo 228 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Psicologia (2013, p. 49-50) apresentou 10 (dez) motivos pelos quais se posicionou de forma contrária à redução da maioridade penal, cujo teor segue transcrito pela relevância para o presente estudo. O referido Conselho sustenta que:

*1. A adolescência é uma das fases do desenvolvimento dos indivíduos e, por ser um período de grandes transformações, deve ser pensada pela perspectiva educativa. O desafio da sociedade é educar seus jovens, permitindo um desenvolvimento adequado tanto do ponto de vista emocional e social quanto físico;*

*2. É urgente garantir o tempo social de infância e juventude, com escola de qualidade, visando condições aos jovens para o exercício e vivência de cidadania, que permitirão a construção dos papéis sociais para a constituição da própria sociedade;*

3. A adolescência é momento de passagem da infância para a vida adulta. A inserção do jovem no mundo adulto prevê, em nossa sociedade, ações que assegurem este ingresso, de modo a oferecer – lhe as condições sociais e legais, bem como as capacidades educacionais e emocionais necessárias. É preciso garantir essas condições para todos os adolescentes;

4. A adolescência é momento importante na construção de um projeto de vida adulta. Toda atuação da sociedade voltada para esta fase deve ser guiada pela perspectiva de orientação. Um projeto de vida não se constrói com segregação e, sim, pela orientação escolar e profissional ao longo da vida no sistema de educação e trabalho;

5. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) propõe responsabilização do adolescente que comete ato infracional com aplicação de medidas socioeducativas. O ECA não propõe impunidade. É adequado, do ponto de vista da Psicologia, uma sociedade buscar corrigir a conduta dos seus cidadãos a partir de uma perspectiva educacional, principalmente em se tratando de adolescentes;

6. O critério de fixação da maioridade penal é social, cultural e político, sendo expressão da forma como uma sociedade lida com os conflitos e questões que caracterizam a juventude; implica a eleição de uma lógica que pode ser repressiva ou educativa. Os psicólogos sabem que a repressão não é uma forma adequada de conduta para a constituição de sujeitos sadios. Reduzir a idade penal reduz a igualdade social e não a violência - ameaça, não previne, e punição não corrige;

7. As decisões da sociedade, em todos os âmbitos, não devem jamais desviar a atenção, daqueles que nela vivem, das causas reais de seus problemas. Uma das causas da violência está na imensa desigualdade social e, conseqüentemente, nas péssimas condições de vida a que estão submetidos alguns cidadãos. O debate sobre a redução da maioridade penal é um recorte dos problemas sociais brasileiros que reduz e simplifica a questão;

8. A violência não é solucionada pela culpabilização e pela punição, antes pela ação nas instâncias psíquicas,

*sociais, políticas e econômicas que a produzem. Agir punindo e sem se preocupar em revelar os mecanismos produtores e mantenedores de violência tem como um de seus efeitos principais aumentar a violência;*

*9. Reduzir a maioria penal é tratar o efeito, não a causa. É encarcerar mais cedo a população pobre jovem, apostando que ela não tem outro destino ou possibilidade;*

*10. Reduzir a maioria penal isenta o Estado do compromisso com a construção de políticas educativas e de atenção para com a juventude. Nossa posição é de reforço a políticas públicas que tenham uma adolescência sadia como meta.*

Desta forma, verifica-se que o grande problema para o aumento da criminalidade infanto-juvenil é a omissão estatal na implementação de políticas públicas que tenham a adolescência sadia como meta. A omissão do Estado em garantir as condições mínimas de educação, saúde, segurança, trabalho, saneamento básico, lazer, dentre outras áreas, principalmente dentro das comunidades menos favorecidas é um dos fundamentos para o aumento da criminalidade envolvendo crianças e adolescentes.

Além da omissão estatal na implementação de políticas públicas, pode-se acrescentar a desestruturação da entidade familiar, a evasão escolar, o tráfico de drogas e a trabalho precoce de crianças e adolescentes como causas do aumento da criminalidade praticadas por menores, as quais devem ser combatidas por toda a sociedade.

É necessário que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam resguardados, tendo em vista que é dever do Estado, da família e da sociedade garantir esses direitos, protegendo-os de toda forma de opressão, discriminação e negligência.

Nesse sentido, Cleonice Resende e Helena Duarte (2003, p. 23) lecionam que:

*A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é um dos fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade em todas as faixas etárias. Por outro lado, não se pode esperar outra consequência senão o aumento da violência urbana em um país com uma péssima distribuição de riquezas, onde há uma concentração absurda da renda nas mãos de poucos, sendo que grande parte da população fica marginalizada, ou seja, sem efetivamente usufruir das riquezas produzidas pelo país. Não se pode esperar resultado diverso em um país que vive atolado em miséria, fome, desemprego, onde a grande maioria do jovem não tem acesso a atividades de lazer, cultura e esporte, permanecendo todo o tempo na ociosidade e, como consequência, acabam desviando-se para a criminalidade.*

*Por outro lado, a própria sociedade tem se mostrado omissa não só quanto à cobrança do papel do Estado, como também a questionar as verdadeiras causas do aumento da criminalidade. Diante do crescimento da violência, a sociedade prioriza soluções imediatistas, as quais não vão sanar as causas do problema.*

Assim, verifica-se que o problema da violência praticado por crianças e adolescentes deve ser enfrentado pelo Estado, pela família e pela sociedade. É necessário que sejam realizadas políticas públicas em educação de qualidade para que haja a redução das desigualdades sociais, pois assim, crianças e adolescentes alcançarão maiores níveis de escolaridade e obterão qualificação para o mercado de trabalho.

## **8. CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que todas as propostas de Emendas Constitucionais para alteração do texto constitucional com o objetivo de reduzir a idade penal padecem de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que a inimputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos de idade é um direito individual, o qual é considerado

uma cláusula pétrea, conforme disposto no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Num primeiro momento, foi realizada uma breve análise quanto aos institutos da inimputabilidade e da culpabilidade, visando o melhor entendimento quanto a esses institutos, os quais são de extrema importância para se atestar a culpa de alguém pela prática de algum ilícito, bem como para se verificar a possibilidade de punir esse indivíduo pelo crime cometido.

Num segundo momento, foi analisada a questão da maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro e nos ordenamentos jurídicos de outros países, visando identificar semelhanças e distinções entre os ordenamentos jurídicos, os quais possuem soberania para definir qual a idade penal mínima a partir da qual os indivíduos passarão a responder criminalmente pelos seus atos. Nessa análise, verificou-se que no Brasil, a idade penal mínima para que qualquer indivíduo possa responder criminalmente por seus atos é 18 (dezoito) anos, tendo em vista que antes dessa idade, o jovem é considerado inimputável criminalmente, inimputabilidade esta considerada como um direito humano fundamental.

Na terceira parte dessa pesquisa, foi analisada a questão da redução da maioria penal no Brasil, questão essa que divide a opinião pública, tendo em vista os diversos crimes graves que são praticados por menores de 18 (dezoito) anos. Esses crimes chocam a sociedade, a qual passa a cobrar uma atitude mais severa do Poder Público, visando à punição dos autores e co-autores desses crimes, tendo em vista o grande sentimento de injustiça que paira sobre os familiares e amigos das vítimas dos crimes praticados pelos jovens menores de 18 (dezoito) anos.

No entanto, verifica-se que existem diversos argumentos favoráveis e contrários à redução da maioria penal, os quais são sustentados por diversos seguimentos da sociedade civil. A maior parte dos argumentos favoráveis a redução da maioria penal está intimamente relacionada com o sentimento de indignação de grande parte da população pelo aumento dos referidos crimes. Ao contrário dos defensores da redução da maioria penal, muitos estudiosos do tema afirmam que essa redução acarretará um grande retrocesso social, uma vez que a inimputabilidade penal é um direito humano fundamental do indivíduo, não podendo ser violado por parte do Estado.



Por fim, foi verificado que essa imputabilidade penal, a qual no Brasil foi definida a partir dos 18 (dezoito) anos, é um Direito Humano Fundamental, na podendo ser violado ou desrespeitado por qualquer pessoa, inclusive pelo Estado que tem a responsabilidade de resguardar os direitos das crianças e adolescentes, livrando-os de qualquer situação que tente impedir o amplo desenvolvimento de suas capacidades.

Neste tópico, foi verificado que a inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos é uma cláusula pétrea, a qual não pode ser alterada, tendo em vista que visa resguardar os direitos individuais das crianças e adolescentes de não serem punidos criminalmente por fatos praticados antes da idade penal estabelecida na Constituição Federal.

Portanto, a conclusão desta pesquisa é no sentido de que os debates sobre a redução da maioridade penal no Brasil não merecem prosperar, tendo em vista que tal redução viola um Direito Humano Fundamental que, no Brasil, é considerado uma cláusula pétrea, não podendo ser violado. Além disso, a redução da maioridade penal não acabaria com a criminalidade existente no Brasil, tendo em vista que essa é oriunda pela ausência do Estado em diversos setores da sociedade, inclusive dentro das comunidades menos favorecidas economicamente.

A única forma de resolver, de forma eficaz, o problema da criminalidade envolvendo crianças e adolescentes é o investimento pesado do Estado em políticas públicas visando a redução das desigualdades sociais, principalmente, com investimentos em educação, pois é a educação de qualidade que irá moldar o desenvolvimento dessas crianças e adolescentes para que eles venham buscar um futuro melhor, passando a ter uma vida digna, sem precisar buscar, na criminalidade, a solução dos seus problemas. O Estado deve estar presente, de forma positiva, dentro dessas comunidades, tendo em vista que ele é o responsável pela concretização do bem-estar social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 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: 14 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro. **Decreto-lei n. 2.848/40**. Brasília: Senado Federal, 1940.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/90**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL D PSICOLOGIA. **Redução da idade penal: socioeducação não se faz com prisão**. Brasília: CFP, 2013. 50p.

COSTA, Tailson Pires. **Meio ambiente familiar: a solução para prevenir o crime**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12 edição. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal: Parte geral; arts. 1º a 120 do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PLÁCIDO, e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRAZERES, Leandro. **Veja cinco motivos a favor e cinco contra a redução da maioridade penal**. 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2015/03/31/veja-cinco-motivos-a-favor-e-cinco-contra-a-reducao-da-maioridadepenal.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

RESENDE, Cleonice Maria; DUARTE, Helena Rodrigues. Redução da idade penal. In: **Idade da responsabilidade penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 153p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2013.



# O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

<sup>9</sup>Álcio Pereira

<sup>10</sup>Darlan Alves Moulin

## RESUMO:

O presente artigo aborda a questão do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade como um direito humano fundamental. Questiona-se, como problemática, se o atual posicionamento do STF violaria ou não esse direito. Para tanto, utilizou-se os métodos de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, os quais confirmaram que o atual entendimento do STF violou o Direito Humano Fundamental à presunção de inocência.

## PALAVRAS CHAVES:

Presunção de inocência. Não culpabilidade. Direito humano fundamental. Posição do STF.

---

9 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL /Lorena. Professor Universitário. Advogado. E-mail: [alciopereira@yahoo.com.br](mailto:alciopereira@yahoo.com.br)

10 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL /Lorena. Professor de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário da Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. E-mail: [darlan\\_moulin@hotmail.com](mailto:darlan_moulin@hotmail.com)

## 9. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão do princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência como um Direito Humano Fundamental de somente ser considerado culpado e ter que cumprir a pena prisão, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como será analisado o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual foi consolidado no julgamento do HC nº 126292/SP.

Inicialmente, será analisada a presunção de inocência ou de não-culpabilidade como um direito humano de cada indivíduo, o qual está resguardado em diversas declarações internacionais, as quais têm o objetivo de orientar os Estados Soberanos na elaboração de leis visando proteger a pessoa humana dos abusos estatais, resguardando um dos bens jurídicos mais relevantes que é a liberdade.

Em seguida, será verificado que, no Brasil, a Constituição Federal de 1998 tratou a presunção de inocência ou não culpabilidade como um direito / garantia fundamental, no qual o indivíduo somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Será verificado, ainda, que esse direito / garantia individual de cada pessoa é considerado uma cláusula pétrea, motivo pelo qual não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade.

Por fim, o artigo analisará o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do HC nº 126292/SP, no qual, após rever o seu entendimento já consolidado, a Suprema Corte possibilitou a execução da pena de prisão após a sentença condenatória ser confirmada pelo Tribunal de Segunda Instância.

O presente artigo abordará, como problemática, se este atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que possibilitou o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau ofende, ou não, o princípio constitucional da presunção da inocência ou da não culpabilidade.

Por tais razões, busca-se a possibilidade de se obter uma revisão no posicionamento da Suprema Corte brasileira, uma vez que permitir que a sentença condenatória seja executada logo após a decisão de segunda instância violaria um direito humano fundamental.

Para tanto, utilizou-se os métodos de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, principalmente as decisões proferidas pelo Supremo

Tribunal Federal, para se confirmar que a não culpabilidade ou a presunção de inocência é um direito humano fundamental do indivíduo, não podendo ser mitigado por uma mutação constitucional inconstitucional da Suprema Corte brasileira.

## **10. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE NAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

A primeira Declaração de Direitos Fundamentais em sentido moderno foi a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, que trazia as bases dos Direitos do Homem, principalmente os direitos de defesa em processos criminais e o julgamento célere por um corpo de jurados imparcial, uma vez que nenhuma pessoa seria privada de sua liberdade, exceto por julgamento por seus pares ou por lei da terra. A Declaração de Direitos de Virgínia visava prestigiar a importância da defesa nos feitos criminais, de forma a assegurar um processo justo, o qual foi reconhecido como o devido processo legal. A referida Declaração de Direitos abrandou a norma criminal para que não houvesse uma presunção absoluta da culpabilidade do cidadão, uma vez que haveria a presunção de que este cidadão pudesse ser inocente dos crimes que eram imputados à sua pessoa (BENTO, 2007, p. 37).

Além disso, o artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma que “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”. Assim, vemos as primeiras Declarações de Direitos do Homem tutelando um dos direitos humanos fundamentais mais importantes, qual seja a sua liberdade.

Desta forma, pode-se verificar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe o princípio da presunção de inocência para disciplinar o tratamento que o acusado deve receber no curso do processo, tendo em vista que ele deve ser considerado, presumidamente, inocente até que seja definida a sua culpa através de uma sentença judicial, na qual lhe será imposta uma condenação ou absolvição.

Este princípio faz com que às restrições aos direitos individuais sejam limitadas, principalmente àquelas relacionadas às medidas cautelares durante a fase de instrução do processo, como a prisão preventiva sem prazo determinado, bem como as formas de antecipação da pena. Houve uma reformulação no processo criminal, tendo em vista que o processo inquisitório passou a dar lugar ao processo penal acusatório, o qual tem uma fase prévia que é secreta, escrita e sem contraditório e uma fase de instrução com publicidade, oralidade e contraditório. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade proibiu qualquer diminuição física, social e moral do acusado, o qual passou a ser considerado inocente, bem como qualquer medida de restrição de direitos em razão de antecipação de pena (VARALDA, 2007, p. 20-21).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, dispõe que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade deverá ser observado, tendo em vista que:

*Art. 11.*

*1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*

*2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.*

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p. 30) leciona que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é composta por um movimento dialético, uma vez que se inicia pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transformando-se nas particularidades de cada direito positivo até terminar em uma universalidade concreta dos direitos positivos universais.

Desta forma, pode-se verificar que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 orienta que toda a instrução probatória deve ser interpretada pela presunção de inocência ou não culpabilidade do indivíduo, tendo em vista que esta presunção impõe à acusação o ônus

de provar o fato criminoso e a culpabilidade do acusado. A presunção da inocência veda que o acusado produza provas contra si mesmo, bem como garante ao réu o direito ao silêncio e de ser absolvido caso haja dúvida de sua culpa após a análise das provas produzidas nos autos (VARALDA, 2007, p. 28-29).

É importante esclarecer que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de junho de 1992, dispõe em seu artigo 14, item 02 que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Além disso, a ONU disciplinou algumas regras mínimas, as quais devem ser consideradas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Essas regras são conhecidas como Regras de Beijing e disciplinam os direitos dos jovens estabelecendo em seu item 7.1 que:

*Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.*

O item 17, inciso III das regras mínimas estabelecidas pela ONU para a proteção dos jovens privados de liberdade ou “menores sob detenção ou que aguardam julgamento” estabelece que:

*Os menores que estão detidos preventivamente ou que aguardam julgamento (não julgados) presumem-se inocentes e serão tratados como tal. A detenção antes do julgamento deve ser evitada, na medida do possível, e limitada a circunstâncias excepcionais. Devem, por isso, ser feitos todos os esforços para se aplicarem medidas alternativas. No entanto, quando se recorrer à detenção preventiva, os tribunais de menores e os órgãos de investigação tratarão tais casos com a maior urgência, a fim de assegurar a mínima duração possível da detenção. Os detidos sem julgamento devem estar separados dos menores condenados.*

As regras mínimas para o tratamento dos reclusos estabelecidas pela ONU em seu artigo 84.2 estabelecem que “os presos não julgados



presumem-se inocentes e como tal devem ser tratados”. Portanto, verifica-se que muitos documentos internacionais sobre Direitos Humanos estabelecem que a presunção da inocência ou não culpabilidade é um Direito Humano do indivíduo, devendo ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado.

Assim, verifica-se que a presunção de inocência ou da não culpabilidade também foi aclamada na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000/C 364/01) que foi proclamada em Nice no dia 07 de dezembro de 2000, a qual dispõe em seu artigo 48.1 que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

É importante esclarecer que esta Carta não possui valor jurídico vinculativo, mas é dotada de valor político, tendo em vista os objetivos principais que foram destacados em seu preâmbulo, o qual afirma que “é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

Por fim, é importante salientar que as referidas declarações ou convenções obrigam os Estados a assegurarem os direitos nelas previstas aos seus cidadãos, os quais passaram a ser considerados sujeitos de direito internacional convencional com acesso direto às instâncias internacionais, como o Tribunal Europeu e o Tribunal Americano, quando se sentirem prejudicados no gozo e exercício dos direitos prescritos nas declarações e convenções às quais aderiram (VARALDA, 2007, p. 30-31).

## **11. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

O princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira de 1988 e estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro que o investigado ou acusado receba tratamento igual ou análogo ao do culpado. A Constituição Federal de 1988 estendeu essa proibição para todo o período anterior ao

trânsito em julgado, ou seja, a presunção de inocência deve prevalecer enquanto não se tem uma decisão definitiva sobre o caso. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima leciona que:

Do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento, objeto de estudo nos próximos tópicos.

[...]

*Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.*

*[...] Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o in dúbio pro reo. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.*

*[...] por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. (2016, p.467-468).*

Desta forma, verifica-se que essa previsão constitucional impossibilita que qualquer medida antecipe os efeitos da condenação, uma vez que até que uma pessoa seja definitivamente condenada não poderá ser considerada culpada, deixando de ter o status de indivíduo inocente.

Nesse sentido, é importante observar que a Declaração Universal de Direitos Humanos que foi aprovada pela ONU em 1948, ao tratar sobre a presunção de inocência afirmou que “Toda pessoa acusada de

delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Verifica-se que a referida Declaração não impôs a ocorrência do trânsito em julgado para afastar a ocorrência do trânsito em julgado, determinando que se prove a culpabilidade do indivíduo de acordo com a lei e em processo público, no qual sejam asseguradas as garantias processuais, demonstrando, desta forma, que a referida Declaração de Direitos possui uma proteção menor do que a existente na Constituição Federal de 1988. A Declaração Universal dos Direitos do Homem exige que a leis internas dos Estados soberanos sejam respeitadas e reforça eventuais proteções eventualmente existentes nas leis internas desses países.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro em 1992 através do Decreto 678, estabelece o princípio da presunção de inocência ao afirmar que:

*Artigo 8º - Garantias judiciais*

*[...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*

A referida Convenção, além da presunção de inocência, também garantiu ao acusado o direito de recorrer, razão pela qual é citada na jurisprudência dos Tribunais Superiores como sendo o fundamento que possibilitou a revogação do artigo 594 do Código de Processo Penal brasileiro que determinava a prisão do acusado como requisito para interpor o recurso de apelação. Estes exemplos demonstram a importância da presunção da inocência e refletem o seu reconhecimento no âmbito internacional, motivo pelo qual ganhou grande magnitude dentro do Processo Penal, sendo considerado como máxima proteção ao *jus libertatis* do indivíduo frente à máquina punitiva estatal (CAMARGO, 2005, p. 297-298).

Verifica-se, desta forma, que o referido tratado internacional segue o mesmo entendimento da Declaração Universal e exige apenas a comprovação legal da culpa, após processo regular no qual sejam asseguradas as garantias processuais, não exigindo, por si só, o trânsito em

julgado da sentença penal condenatória como determinou a Constituição Federal de 1988.

Sobre esse assunto, alguns autores lecionam que:

*A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art.8º, nº 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa. Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, "h"). A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável. (LIMA, 2016, p. 467).*

O Brasil disciplinou a cláusula de abertura dos direitos fundamentais no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que "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".

É importante esclarecer que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passaram a ser reconhecidos com status internacional através do artigo 1º, § 3º, da Emenda Constitucional de 30 de dezembro de 2004 e consolidou no ordenamento jurídico brasileiro um sistema misto, tendo em vista a combinação de regimes jurídicos distintos, quais sejam, um regime aplicável aos tratados de direitos hu-

manos e outro, aplicável aos demais tratados internacionais (PIOVESAN, 2005, p. 08).

Piovesan (2005, p. 09) leciona que todos os tratados sobre direitos humanos são considerados materialmente constitucionais, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual o entendimento equivocado de que os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram ratificados antes da introdução do § 3º, do artigo 5º da CRFB/88, através da EC nº 45/2004 teriam sido recepcionados como lei federal, em face da falta de quórum qualificado de três quintos determinados pelo dispositivo constitucional deve ser afastado.

A referida autora afirma que a norma contida no artigo 5º, § 3º, da CRFB/88 apenas reconheceu de forma expressa o conteúdo materialmente constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que “não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do quórum de aprovação”. (PIOVESAN, 2005, p. 09).

Assim, a presunção de inocência que já era consagrada nas Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos foi positivada no texto constitucional brasileiro em seu artigo 5º, inciso LVII como um princípio basilar de todo o Processo Penal, resguardando os Direitos e Garantias Individuais ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Verifica-se que a Constituição Federal não citou de forma expressa o termo “presunção de inocência”, o qual surgiu através da opção doutrinária e jurisprudencial visando garantir o *jus libertatis* em face do *jus puniendi*, garantindo a todos um significado bem mais amplo da presunção de inocência (VALDA, 2007, p. 44-46).

Ao lecionar sobre o referido princípio, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 70) afirma que “o estado de inocência é uma garantia constitucional voltada a barrar atitudes hostis, abusivas e persecutórias levianas dos órgãos estatais, não querendo significar deva o réu abster-se de agir, em seu próprio benefício, durante a instrução criminal”.

Corroborando este entendimento, alguns autores afirmam que a presunção de inocência é uma garantia que deve ser concedida ao

indivíduo e que comporta diversas consequências. Nesse sentido, esses autores lecionam que

*A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. (LOPES JR; GLOECKER, 2013, p. 71).*

Outros autores levantam o debate de que o termo correto a ser utilizado “[...] seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”. (LENZA, 2012, p. 1020).

Vale ressaltar que no Brasil a presunção de inocência não está relacionada exclusivamente com as garantias constitucionais do processo penal, mas em qualquer esfera, seja ela jurisdicional ou administrativa, na qual possa ser proferida uma decisão que venha sancionar o indivíduo ou limitar o exercício de algum direito deste. Assim, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o acusado tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado (VARALDA, 2007, p. 47-48).

Desta forma, verifica-se que a presunção de inocência pode ser compreendida, no Estado de Direito, como o pressuposto e o parâmetro para todas as atividades do Estado relacionadas com a repressão criminal (GOMES FILHO, 1992, p. 19), não podendo ser mitigado pelo entendimento jurisprudencial, tendo em vista que tanto em âmbito internacional, quanto em âmbito interno tal presunção é compreendida como um direito do indivíduo.

Portanto, verifica-se que seja no plano interno, através da Constituição Federal de 1988, seja no plano internacional, através das Declarações sobre os Direitos Humanos, as quais determinam que sejam observadas as leis internas, bem como vedam as suas interpretações para restringir os direitos previstos internamente, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado não encontra fundamen-

to na Constituição Federal ou nos Tratados Internacionais para ser admitida jurisprudencialmente, razão pela qual padece de vício de inconstitucionalidade.

## **12. O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL QUANTO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 2009, enfrentou a questão sobre a possibilidade de executar provisoriamente a pena e decidiu pela sua impossibilidade, tendo em vista a importância do princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, nos termos do julgado cujo teor segue transcrito:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando

*desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] Ordem concedida. (STF, HC 84078/MG, Tribunal Pleno, relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009).*

Neste julgado, o STF entendeu que o princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência deve ser respeitado, motivo pelo qual a execução provisória da pena não foi admitida pela Corte Suprema. Neste julgado, os ministros entenderam que a presunção de inocência não está relacionada, simplesmente, a regras processuais. Pelo contrário, este princípio está diretamente vinculado a direitos e garantias constitucionais de extrema relevância, motivos pelos quais devem ser respeitados.

É importante esclarecer que, no Brasil, existem duas modalidades de cárcere, quais sejam a prisão cautelar ou processual (preventiva ou temporária – provisórias) e a prisão pena. A primeira prisão é aquela que ocorre no curso do inquérito ou processo, quando presentes os requisitos e fundamentos autorizadores, previstos no Código de Processo Penal. Já a segunda, é a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, representando o cumprimento efetivo daquela decisão da qual não caiba mais recurso.



Assim, verifica-se que somente a prisão cautelar é admitida durante o curso do processo, não sendo possível que o acusado seja preso a título de cumprimento de comando condenatório contido em uma sentença, a qual ainda pode ser objeto de impugnação pela via recursal. No referido julgado, o STF entendeu pela impossibilidade de cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, em 2016, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reuiu o seu posicionamento e passou a entender pela possibilidade de execução provisória da pena confirmada por decisão proferida pelo Tribunal de Segunda Instância, mas antes do trânsito em julgado, conforme julgado cujo teor da ementa segue transcrita:

**CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.* 2. *Habeas corpus denegado.* (STF, HC 126292/SP, Tribunal Pleno, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Neste julgado, o relator Ministro Teori Zavascki afirmou em seu voto que:

*A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.*

É importante esclarecer que o ministro relator fundamentou sua decisão pela possibilidade de execução provisória da pena na realidade de outros Estados sobre o tema, bem como para o fato de muitos acusados utilizarem os recursos para os Tribunais Superiores como forma de protelar o efetivo cumprimento da pena, com a execução provisória desta.

Esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal foi firmado por maioria dos seus membros, tendo em vista que alguns ministros, tais como Celso de Mello, Marco Aurélio Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, discordaram do relator por entenderem que a execução provisória da pena acabaria por ofender o Direito Humano Fundamental a não-culpabilidade ou à presunção de inocência, razão pela qual deveria ter sido mantido o entendimento até então consolidado naquela Corte Suprema.

Para a defesa dessa tese divergente, a qual foi inaugurada pela Ministra Rosa Weber, o Ministro Celso de Mello iniciou o seu voto com uma brilhante análise histórica do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, cujo teor segue transcrito:

*A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.*

*Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua "Suma Teológica", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).*

*Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções*

*ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.*

*A consciência do sentido fundamental desse direito básica, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.*

*Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.*

*Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembléia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial.*

*Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/*

*Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “ b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “ e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966.*

*Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.*

Por tais razões, verifica-se que a presunção de inocência ou não culpabilidade deve ser respeitada por todos, inclusive pelo Estado, por ser um Direito Humano Fundamental de somente ser considerado culpado, e tratado desta forma, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes desse trânsito, o indivíduo não pode ser considerado culpado, nem ser levado à prisão para cumprir um título prisional decorrente de uma sentença condenatória sem trânsito em julgado para o início provisório da pena por flagrante ofensa a esse Direito Humano Fundamental.

Outro ponto de suma importância a ser analisado neste julgado é a questão da alteração do entendimento da Suprema Corte. Verifica-se que o STF se utilizou do instituto jurídico da mutação constitucional, a qual pode ser definida como sendo às “[...] alterações no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado [...]”. (LENZA, 2012, p. 144).

O autor afirma, ainda, que “[...] as mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional”. (LENZA, 2012, p. 144).

Desta forma, verifica-se que a Suprema Corte realizou uma mutação constitucional ao alterar seu entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da sentença após a sua confirmação pelo Tribunal

de segunda instância, mas antes do trânsito em julgado. Esse novo entendimento do STF acabou ofendendo o preceito humano fundamental da presunção de inocência ou não culpabilidade.

É importante esclarecer que a presunção de inocência ou não culpabilidade é um direito e garantia individual, resguardada pelos tratados internacionais, bem como positivada no Texto Constitucional, sendo considerada uma cláusula pétrea, a qual não pode ser alterada, nem por emenda constitucional, conforme disposto no artigo 60, § 4º, IV, da CRFB/88. Com isso, verifica-se a importância dessa proteção dada pela Constituição Federal à pessoa humana.

Ocorre que a alteração do entendimento da Suprema Corte no julgamento do HC nº 126292/SP, que ocorreu via mutação constitucional, acabou por ofender esse direito humano fundamental que, no Brasil, é considerado uma cláusula pétrea.

Essa alteração no entendimento da Corte Suprema ocorreu via mutação constitucional. Essa técnica pode acarretar uma interpretação inconstitucional e foi o que ocorreu no caso em análise, tendo em vista que a referida interpretação do STF no julgamento do HC nº 126292/SP acabou por violar o direito humano fundamental à presunção de inocência ou não culpabilidade, no qual o indivíduo somente será considerado culpado e apto para cumprir a pena em definitivo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por este princípio, não há autorização constitucional para que o acusado ainda não definitivamente condenado possa cumprir a pena imposta, uma vez que ele ainda não foi efetivamente declarado culpado pela prática do crime apurado nos autos do processo no qual foi prolatada a sentença condenatória. Essa declaração efetiva da culpa do réu somente ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e essa nova interpretação da Corte Suprema nos autos do HC nº 126292/SP acaba por contrariar o próprio texto da Constituição Federal de 1988.

### **13. CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como objetivo demonstrar que o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência é um Direito Humano Fundamental e que a alteração do entendimento do Supremo Tribu-

nal Federal no julgamento do HC nº 126292/SP acabou por violar esse direito. Esse trabalho objetivou, ainda, demonstrar que essa alteração no entendimento da Suprema Corte se deu através de uma mutação constitucional inconstitucional, tendo em vista que acabou por ofender um princípio constitucional que é uma verdadeira cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

A pesquisa foi realizada, num primeiro momento, a partir da análise de diversos documentos internacionais sobre Direitos Humanos a fim de possibilitar uma melhor compreensão sobre a presunção de inocência ou não culpabilidade no cenário mundial. Essas Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos trazem em seu texto diversos dispositivos, nos quais afirmam que o indivíduo somente deve ser considerado culpado após a regular tramitação de um processo, no qual lhe sejam garantidas todas as garantias processuais para sua defesa, razão pela qual se verifica que a presunção de inocência ou não culpabilidade é mais que uma garantia processual, é um direito humano de cada indivíduo, tutelado em diversas declarações internacionais.

A pesquisa, num segundo momento, analisou como a presunção de inocência ou não culpabilidade foi tratada na Constituição Federal do Brasil de 1988 e atestou que essa presunção é considerada como um direito fundamental do indivíduo, elevada ao patamar de princípio constitucional no qual a pessoa somente será considerada culpada de alguma imputação criminal após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Verificou-se na pesquisa que a Constituição Federal de 1988 concedeu uma proteção mais ampla a essa presunção de inocência ou não culpabilidade do que aquela concedida pelas Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos, uma vez que a Lei Maior brasileira afirmou, de forma expressa, que o indivíduo somente seria considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, o presente trabalho analisou o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126292/SP, no qual os ministros, por maioria, entenderam ser constitucional a execução provisória da pena determinada por sentença antes que se opere o trânsito em julgado. Essa recente decisão da Suprema Corte ofendeu o próprio espírito da Lei Maior, bem como as orientações dadas pelas Declarações Interna-

cionais sobre Direitos Humanos, as quais tutelam a presunção de inocência ou a não culpabilidade como um Direito Humano Fundamental.

É importante esclarecer que neste último tópico da pesquisa, foi verificado que essa alteração no entendimento da Suprema Corte se deu por um fenômeno denominado de mutação constitucional, no qual há a alteração da interpretação dada ao texto constitucional, sem que haja alteração formal do seu texto. No entanto, essa alteração da interpretação do texto constitucional realizada no julgamento do HC nº 126292/SP acabou por ofender direitos e garantias individuais no acusado, as quais são consideradas verdadeiras cláusulas pétreas.

Portanto, verifica-se que no julgamento do referido Habeas Corpus ocorreu uma mutação constitucional inconstitucional, tendo em vista que ao permitir a execução da pena de prisão decretada na sentença sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado desta sentença penal condenatória, o STF permitiu que houvesse a violação de um Direito Humano Fundamental que é a não-culpabilidade ou a presunção de inocência, a qual deve ser respeitada e observada por todos os indivíduos dentro de um Estado Democrático de Direito, visando sempre a proteção da Dignidade Humana.

## REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1941.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (1969). Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 06 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** (1966). Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 06 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 06 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292-SP**, Relator Ministro Teori Zavascki, Plenário, Data do julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 06 set. 2017.

CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 16ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobson. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva, 2013



NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, RT, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 13, nº 153, ago.-2005.

SENADO FRANCÊS. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789). Disponível em: <[http://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 06 set. 2017.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (1948). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2017.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

# O PROJETO DE LEI Nº 4.059/12 E AS MUDANÇAS NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR ESTRANGEIROS: FLEXIBILIZAÇÃO OU CONTENÇÃO?

<sup>1</sup>Patrícia Silva Cardoso

<sup>2</sup>Marcela Guimarães Capato

<sup>2</sup>Gabriela Sampaio Pinto

<sup>2</sup>Emanuelle Alves Andrade

## RESUMO:

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o Projeto de Lei nº 4.059 de 2012, que pretende alterar o regime jurídico da aquisição de imóvel rural por estrangeiros no Brasil e regularizar todas as compras de terras já realizadas até o momento por empresas ou cidadãos estrangeiros no país, além de propor alterações no Sistema Nacional de Cadastro de Imóvel Rural e na regulamentação da aplicação do capital estrangeiro. Considerando que o mencionado projeto tem como enfoque a regulamentação do art. 190 da Constituição Federal, que atualmente é regulamentado pela Lei 5.709/71, pretende-se traçar uma comparação entre o mesmo e os dispositivos vigentes, sobre os quais este irá incidir. O tema suscita controvérsias, em especial porque a mencionada lei estende às pessoas jurídicas brasileiras controladas por capital estrangeiro as mesmas limitações impostas às pessoas jurídicas estrangeiras. Por tal motivo, torna-se necessária a análise do projeto, a fim de verificar se este apresenta uma proposta efetiva de flexibilização ou, se ao contrário gera a contenção das modalidades diretas e indiretas de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil.

## PALAVRAS-CHAVE:

Imóvel rural. Aquisição. Estrangeiro. Projeto de lei.

---

1 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

2 Discente do Curso de Direito da UFF (ICHSVR)

## 1. INTRODUÇÃO

A temática da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil desperta controvérsias e acaloradas discussões jurídicas. A polêmica, dotada de forte caráter político, tem como pano de fundo o conflito entre diversas concepções político-econômicas: em prol da contenção de tais aquisições, alega-se que as mesmas representam um perigo à segurança nacional (SAMPAIO, 2017); de outra parte, há o argumento de que a medida é extremamente necessária para que sejam impulsionados investimentos estrangeiros no agronegócio brasileiro (SOUZA; TRIBOLI, 2017). As diversas visões sobre o tema geram um debate efervescente, principalmente, entre ambientalistas e representantes da bancada ruralista (LAMBERT, 2017).

O debate também se coloca no plano internacional, no qual os países apresentam legislações que podem ser classificadas em dois grupos: um primeiro grupo engloba os países que se preocupam com a proteção da soberania nacional e, portanto, impedem ou restringem a aquisição da propriedade rural por estrangeiros; um segundo grupo é composto pelos Estados que trazem leis mais flexíveis para tal aquisição por estrangeiros, baseados no entendimento de que a abertura para investimentos estrangeiros em imóveis promove o livre fluxo de recursos e, conseqüentemente, a dinamização da economia (HODGSON; CULLINAN, 1999).

No Brasil, a Constituição da República expressamente prevê, 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”*. Em atenção ao ditame constitucional, a Lei n.º 5.709/71 preocupa-se com a preservação da soberania nacional e impõe um procedimento diferenciado, com limitações à aquisição de imóvel rural por estrangeiro no país.

O art. 1.º da mencionada lei determina que *“o estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta lei”*. Por seu turno, o § 1º do mesmo artigo impõe que à pessoa jurídica brasileira cuja maioria do capital pertença a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras seja dado o mesmo tratamento conferido à pessoa jurídica estrangeira. Em outros termos: as pessoas jurídicas brasileiras com capital majorita-

riamente estrangeiro são equiparadas às pessoas jurídicas estrangeiras para fins de aquisição de imóvel rural.

A questão apresenta grande relevância política e econômica, além de representar um tema relativo à interpretação constitucional, em especial após promulgação da Emenda Constitucional nº 6, que revogou o art. 171 da Constituição brasileira, dispositivo que definia como brasileira a empresa constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. O dispositivo trazia ainda a figura da empresa brasileira de capital nacional, definida como aquela cuja maioria do capital votante e o exercício de fato do poder decisório estivessem titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno.

A Constituição admitia ainda o tratamento diferenciado entre a empresa brasileira de capital nacional e a empresa brasileira controlada por capital estrangeiro. A qualificação de um empresa como de capital nacional era prevista como critério para a concessão de proteção e de benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País.

A partir da revogação do mencionado artigo, instalou-se acirrada polêmica sobre a constitucionalidade das restrições impostas pela Lei nº. 5.709/71 para a aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras de capital estrangeiro. Tendo a Constituição deixado de prever tratamento diferenciado entre as empresas brasileiras, a lei ordinária não poderia disciplinar de modo mais grave o tema, portanto, a matéria careceria de regulamentação por uma nova lei.

Diante da acirrada controvérsia sobre o tema, em 13 de junho de 2012, a Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural apresentou o Projeto de Lei nº 4.059, destinado a consolidar nova disciplina jurídica do tema. O mencionado projeto pretende a revogação da Lei nº. 5.709/71 e tramita em regime de urgência na Câmara dos Deputados desde 16 de maio de 2015. Face à relevância do tema, propõe-se o estudo sistemático da proposta, com o intuito de verificar a extensão das mudanças trazidas no regime jurídico da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil.

## 2. HISTÓRICO DA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR ESTRANGEIROS NO BRASIL

A aquisição de propriedade rural por estrangeiro carrega um histórico polêmico ligado, sobretudo, aos conceitos de empresa estrangeira e de empresa nacional. O tema é regulado atualmente pela Lei nº 5.709/71. Apesar de anterior à Constituição de 1988, considera-se recepcionada por esta, que em seu artigo 190, assim determina: *"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"*.

A respeito das restrições relacionadas à aquisição por estrangeiro, o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/71 determina que pessoas jurídicas brasileiras que possuam participação, a qualquer título, de pessoas estrangeiras, estão sujeitas às mesmas restrições que as pessoas jurídicas estrangeiras, não se enquadrando no regime jurídico referente à pessoa jurídica brasileira de fato.

A pretensão de ruptura com tal regime jurídico ocorre por força do artigo 16 do PL 4059/12, que expressamente revoga a Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971, porém, resguarda *"as aquisições e os arrendamentos de imóveis rurais celebrados por pessoas físicas ou jurídicas brasileiras durante a vigência da Lei nº. 5.709 de 7 de outubro de 1971"*.

A partir deste ponto crucial, é possível delinear a linha que separa o antigo e novo paradigma acerca da definição de empresa brasileira e empresa estrangeira. Cabe frisar que o art. 1º da Lei 5.709/71, que admite restrições à aquisição de imóveis rurais para *"pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior"*, continua formalmente em vigor, mesmo após a revogação do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 (pela emenda constitucional nº. 6/95), que trazia os critérios para a definição de uma empresa como nacional, além de diferenciar as empresas brasileiras de capital nacional e de capital estrangeiro.

A supressão da diferença de tratamento constitucional entre a empresa brasileira de capital estrangeiro e a empresa de capital nacional, reavivou a controvérsia acerca da recepção da Lei nº. 5709/71 e da admissibilidade de um regime jurídico mais gravoso para a empresa brasileira de capital estrangeiro. Em janeiro de 1994, diante da polêmica relativa à recepção ou não do citado dispositivo legal pela Constituição

de 1988, o Ministério de Estado da Agricultura e da Reforma Agrária solicita ao Presidente da República manifestação da Advocacia-Geral da União sobre a questão.

Em resposta, é emitido o parecer nº AGU/LA-04/94, adotado pelo Parecer nº GQ-22, do Advogado-Geral da União, e aprovado pelo Presidente da República. Segundo o parecer, "*a interpretação conjunta dos arts. 171 e 190 da Constituição leva à conclusão de que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, não foi recepcionado pela Carta Magna*", por colidir frontalmente com ela, Assim, as restrições previstas pelo art. 1º da Lei 5.709/71 não deveriam ser aplicáveis às pessoas jurídicas brasileiras, ainda que sob controle acionário estrangeiro.

O argumento central da tese da AGU foi o de que o art. 171 da Constituição de 1988, estabeleceu os conceitos de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, *verbis*:

*Art. 171. São consideradas:*

*I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;*

*II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.*

Uma vez estabelecido pela Constituição o conceito de empresa brasileira, não caberiam restrições ao conceito promovidas por lei ordinária. Além disso, a redação do art. 190 da mesma deixa claro o âmbito de incidência da lei que deve regulamentar a questão: a regulação e limitação da aquisição de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, não deixando margem para que tais restrições sejam impostas às pessoas jurídicas nacionais.

Contudo, em 1995, o mencionado artigo 171 do texto constitucional é revogado pela Emenda Constitucional nº 6, o que dá ocasião ao reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94. O Parecer nº GQ-181/1998 mantém o entendimento anterior, considerando inadmissíveis as restri-

ções previstas pela Lei 5.709/71 para as empresas brasileiras de capital estrangeiro.

Entendeu-se que a superveniência de emenda constitucional que retira da Constituição o dispositivo que trazia a definição de empresa nacional não produz qualquer efeito pretérito, não possuindo o condão de repristinar o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, o qual anteriormente fora considerado como não recepcionado pela Constituição de 1988, nos seguintes termos:

*13. A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 3º, revogou o art. 171 da Constituição. Essa revogação, pura e simples, qualquer que seja a interpretação que se dê, para outros fins, ao dispositivo constitucional, não tem o condão de repristinar a norma que se entendera revogada. Desse modo, continua revogado o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, permanecendo inalterada a conclusão do referido Parecer nº. AGU/LA-04/94.*

*14. O que caberá discutir, em razão da mencionada revogação, é se lei futura poderá dispor sobre o assunto, estabelecendo limitações ao capital estrangeiro.*

Em 2010, diante de notícias relativas à aquisição de terras em massa por grupos chineses na África (CHINA, 2010) e pela demonstração de grandes interesses desses mesmos grupos na aquisição de terras no Brasil para a exploração do agronegócio, em especial na região Centro-Oeste e no Oeste da Bahia, o governo demonstrou grande preocupação com a regulamentação da matéria e solicitou a emissão de novo parecer da AGU sobre o tema.

Afastando-se do entendimento anteriormente esposado, a AGU emitiu o Parecer nº LA-01/2010, publicado no Diário Oficial da União, no qual propôs a revogação dos pareceres anteriores, sob a alegação de que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tanto em sua redação originária como após a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Consequentemente, as restrições impostas às pessoas jurídicas estrangeiras seriam aplicáveis às pessoas jurídicas brasileiras de capital estrangeiro, com as seguintes especificações:

*b) para que a equiparação de pessoa jurídica brasileira com pessoa jurídica estrangeira prevista no dispo-*

*sitivo legal citado no item anterior ocorra, a fim de que sejam estabelecidos limites e restrições à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais é necessário que:*

- i. o estrangeiro, pessoa física, seja não-residente ou a pessoa jurídica não possua sede no país.*

- ii. o estrangeiro, pessoa física ou jurídica, descrito no item anterior, participe, a qualquer título, de pessoa jurídica brasileira; e*

- iii. essa participação assegure a seus detentores 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.*

Cabe notar que o novo parecer rompe com a tendência dos pareceres anteriores, que consideravam como empresa brasileira aquela constituída sob a égide das leis brasileiras e com sede e administração no país, independentemente do controle efetivo por pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno. O novo parecer, em conformidade com a orientação norte-americana, , pretendeu eliminar a discussão e determinar que o controle de sociedades detentoras de imóveis rurais por estrangeiros estaria dentro da restrição da Lei 5.709/71.

O parecer salienta ainda o caráter estratégico das limitações relativas à aquisição e ao arrendamento de terras realizadas por empresas brasileiras com controle e gestão estrangeiros e aduz que a flexibilização de tais aquisições poderia ocasionar graves consequências à economia nacional, dentre elas:

- a) expansão da fronteira agrícola com o avanço do cultivo em áreas de proteção ambiental e em unidades de conservação;*

- b) valorização desarrazoada do preço da terra e incidência da especulação imobiliária gerando aumento do custo do processo desapropriação voltada para a reforma agrária, bem como a redução do estoque de terras disponíveis para esse fim; c) crescimento da venda ilegal de terras públicas;*

- d) utilização de recursos oriundos da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas e da prostituição na aquisição*



*dessas terras;*  
*e) aumento da grilagem de terras;*

*f) proliferação de “laranjas” na aquisição dessas terras;*  
*g) incremento dos números referentes à biopirataria na Região Amazônica;*  
*h) ampliação, sem a devida regulação, da produção de etanol e biodiesel;*  
*i) aquisição de terras em faixa de fronteira pondo em risco a segurança nacional.*

Apesar dos argumentos apresentados pelo novo e mais recente parecer da AGU, a insatisfação de alguns setores da sociedade com a disciplina da Lei nº 5.709/71, o que gerou a propositura de projetos de lei destinados a flexibilizar o atual regime da aquisição de imóvel rural por estrangeiro, dentre eles, o PL n.º 4059/12, que será examinado no item posterior.

### **3. O PROJETO DE LEI 4059/12: ALTERAÇÕES PROPOSTAS**

Inicialmente, cabe ressaltar que o referido projeto propõe uma ruptura com a regulamentação atual da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros e traz uma disciplina jurídica diversa, que afasta a incidência da Lei n.º 5.709/71. Neste ponto, não é obscura a *ratio legis* do projeto, que se encontra exposta logo no primeiro artigo do mesmo: objetiva-se a regulamentação do art. 190 da Constituição Federal e a adequação da legislação infraconstitucional vigente às modificações propostas:

*Art. 1º. Esta Lei regulamenta o art. 190 da Constituição Federal, altera o art.1º da Lei nº. 4.131, de 3 de setembro de 1962, o art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e o art. 6º da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 e fixa outras providências, com o objetivo de disciplinar a aquisição, o arrendamento e o cadastro de imóvel rural em todo o território nacional por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, sendo estas aquelas constituídas e estabelecidas fora do território nacional.*

Outro aspecto importante refere-se à definição de pessoa jurídica estrangeira, considerada como tal aquela constituída e estabelecida

fora do território nacional: a *contrario sensu*, será pessoa jurídica brasileira aquela constituída e estabelecida dentro do território nacional. Apesar dos pareceres de 1994 e de 1998 da AGU terem sustentado que a revogação do artigo 171 da Constituição Federal, que tratava das diferenças existentes entre as empresas brasileiras e as empresas estrangeiras, teria o condão de abolir qualquer diferença de tratamento entre as empresas brasileiras de capital estrangeiro e de capital nacional, o mencionado projeto de lei retoma tal diferenciação, contudo, sob outras bases.

Enquanto o revogado art. 171 da Constituição de 1988 mencionava a sede da administração no país como critério determinante para definir a empresa brasileira e a diferença entre a empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro, tomando por base a titularidade do capital, o mencionado projeto retoma tal diferença, sem, contudo, mencionar o critério da sede da administração. Tal ideia tem seu sentido mais esclarecido no § 2º que expressamente dispõe que as restrições nele estabelecidas não se aplicam às pessoas jurídicas brasileiras de qualquer espécie, *"ainda que constituídas ou controladas direta ou indiretamente por pessoas privadas, físicas ou jurídicas estrangeiras, ressalvado o disposto no art. 3º."* Pela dicção do artigo, é perceptível a legitimação da liberdade administrativa e uma compreensão que parte da premissa de que não devem ser estabelecidas diferenças entre as pessoas jurídicas brasileiras, devendo ser tratadas igualmente, independentemente da nacionalidade das pessoas físicas ou jurídicas que detém o controle do capital.

Merece atenção especial, outra vez, pois abre, para aquelas empresas que possuem uma representatividade social-financeira, a porta de aquisição sem as restrições que antes as prendiam e colocavam a economia brasileira em uma camisa de força em relação aos possíveis investimentos estrangeiros.

No que diz respeito ao alcance da legislação proposta, ainda há a necessidade de pontuar as exceções expressas taxativamente pelo art. 3º que tem como público-alvo as organizações não governamentais, as fundações particulares e fundos soberanos, nos seguintes termos:

*Art. 3º. "Não podem adquirir imóveis rurais, ainda que sob a forma indireta, mediante a aquisição direta ou indireta de controle societário, constituição de fundo de*

*investimento imobiliário ou contratação de consórcios, as seguintes pessoas jurídicas:*

*I - a organização não governamental com atuação no território brasileiro que tenha sede no exterior ou organização não governamental estabelecida no Brasil cujo orçamento anual seja proveniente, na sua maior parte, de uma mesma pessoa física estrangeira, ou empresa com sede no exterior ou, ainda, proveniente de mais de uma dessas fontes quando coligadas;*

*II - a fundação particular quando os seus instituidores forem pessoas enquadradas no disposto no inciso I ou empresas estrangeiras ou empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil com sede no exterior;*

*III - os fundos soberanos constituídos por estados estrangeiros.*

A partir deste pano de fundo de entendimento sobre empresa brasileira de capital estrangeiro e empresa estrangeira, são tecidas as questões de arrendamento e cadastro de imóveis rurais que são temas imprescindíveis e também são apreciados no presente artigo.

Cabe salientar que a atual legislação traz tratamento diferenciado para as pessoas físicas e jurídicas estrangeiras: para as pessoas físicas, é livre a aquisição de até 3 módulos rurais, sem necessidade de qualquer autorização ou licença por parte do governo brasileiro. Além disso, a aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua. Tal é a disciplina trazida pelo art. 3º. da Lei nº. 5709/71:

*Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.*

*§ 1º - Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.*

*§ 2º - O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida.*

*§ 3º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.*

Cabe ainda ressaltar que o Decreto 74.965/74, que regulamenta a Lei nº 5.709/71, prevê que a aquisição por pessoa física estrangeira de imóvel rural com área entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida dependerá de autorização do INCRA, ressalvado o caso de aquisição em área considerada indisponível à segurança nacional, cuja aquisição depende de assentimento prévio da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional (Art 7. § 2º).

Quanto às pessoas jurídicas estrangeiras, o art. 5º da lei em vigor preleciona que estas *“só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários”*, devendo tais projetos ser aprovados pelo Ministério da Agricultura, após oitiva do órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área.

Além disso, são impostas também outras restrições variáveis conforme a extensão dos terrenos a serem adquiridos: i) imóvel rural até 100 MEI - aprovação de projeto de exploração pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, ouvido o órgão federal competente responsável pelas respectivas atividades (art. 5º, §1º, Lei 5.709/71 c/c o art. 14, §1º, Incra IN 76/2013); ii) imóvel com mais de 100 MEI, a ser adquirido por pessoa jurídica estrangeira, deve haver autorização do Congresso Nacional (art. 23, § 2º, da Lei 8.629/93 e art. 6º, §1º, Incra IN 76/2013).

Neste ponto, qual seja, sobre os limites para a aquisição e arrendamento de terras por pessoa jurídica física ou estrangeira, o PL n.º 4.059/12 não trouxe alterações. Isto porque o seu objetivo principal não foi restringir as aquisições, mas eliminar a equiparação entre a pessoa jurídica brasileira de capital estrangeiro e a pessoa jurídica brasileira de capital nacional, trazendo igualdade de tratamento para ambas.

Por outro lado, o mencionado projeto de lei traz a possibilidade de dispensa de autorização para operações de aquisição e arrendamento realizadas por estrangeiros em áreas, respectivamente, não superiores a quatro módulos e dez módulos fiscais:

*Art.6º. Ressalvadas as exigências gerais determinadas em Lei, dispensa qualquer autorização ou licença, a aquisição e o arrendamento **por estrangeiros** quando se tratar, respectivamente, de imóveis com áreas não superiores a quatro módulos fiscais e a dez modulo fiscais **(grifo nosso)**.*

Frise-se também que o art. 4º do projeto de lei determina que o arrendamento por tempo indeterminado, assim como o subarrendamento, parcial ou total, de imóvel rural por pessoa física ou jurídica estrangeira ficam proibidos. Igualmente, de acordo com seu parágrafo único, também é vedada à pessoa física ou jurídica estrangeira a habilitação à concessão florestal, que diz respeito a concessão de direitos a particulares, podendo estes explorar produtos e serviços de uma floresta publica, desde que respeitados os ditames lei nº 11.284, de 2 de março de 2006.

Em conformidade com os ditames constitucionais, prevê o artigo 7º que “os imóveis rurais adquiridos ou arrendados por pessoa física ou jurídica estrangeira deverão cumprir do disposto no art. 186 da Constituição Federal”. Outrossim, faz-se necessário que os imóveis rurais, arrendados ou adquiridos, cumpram a sua função social de acordo com o art. 186 da Constituição Federal de 1988. No caso do não cumprimento destes requisitos, a propriedade se encontra sujeita a desapropriação ou anulação de contrato, disposição esta, que encontra correspondência na lei nº 8.629/93, que regulamenta tal possibilidade e, em seu art. 2º que traz determinações acerca da desapropriação.

No que tange a soma das áreas controladas por pessoas estrangeiras, o art. 8º do PL nº. 4059/12 repete a disposição constante no art. 12 da Lei nº 5.709/71 e positiva que estas não poderão ser proprietárias de mais um quarto da superfície dos Municípios onde se situem as terras. O mesmo ocorre em relação à proibição de que pessoas de mesma nacionalidade sejam proprietárias, em cada Município, de mais de quarenta por cento do limite fixado no artigo. Porém, o projeto de lei, diversamente da lei em vigor, engloba neste limite tanto a aquisição como o arrendamento:

*Art. 8º. A soma das áreas rurais pertencentes e arrendadas a pessoas estrangeiras não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem.*

*§ 1o As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser **proprietárias ou arrendatárias**, em cada Município, de mais de quarenta por cento do limite fixado neste artigo.*

*§ 2o Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais quando o adquirente, no caso, for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão total de bens (**grifo nosso**).*

Tal como previsto na Lei nº. 5709/71, para o PL nº. 4059/12 também se faz indispensável para a aquisição de imóvel rural por estrangeiro a lavratura de escritura pública. É importante ressaltar que neste documento devem constar determinadas informações específicas, e o projeto apresenta quase todos os requisitos também salvaguardados pela mencionada lei. Entretanto, enquanto na legislação vigente essas informações dizem respeito somente a pessoas físicas estrangeiras, no projeto de lei elas servem a “pessoas estrangeiras”, sem determinação quanto a pessoas físicas ou jurídicas, o que indica que estas informações bastam para ambos os casos.

Isso se faz mais claro pelo fato de que no art. 9º da Lei 5709/71, mais precisamente, em seu parágrafo único, traz determinações específicas para o caso de pessoa jurídica estrangeira, sendo necessária a transcrição do ato que concedeu autorização para a aquisição da área rural, bem como dos documentos comprobatórios de sua constituição e de licença para seu funcionamento no Brasil, especificações estas que não foram empregadas pelo projeto de lei. Além disso, o PL nº. 4059/12 em seu art. 10, IV, traz um novo requisito para a lavratura da escritura pública de imóvel rural adquirido por pessoas estrangeiras: o memorial descritivo do imóvel georreferenciado ao Sistema Geodésico Brasileiro e certificado pelo INCRA.

O georreferenciamento corresponde ao mapeamento de um imóvel rural, de modo a determinar sua área e posição geográfica, o que se dá com a maior exatidão possível tendo em vista a análise dos vértices. Esse procedimento é realizado por profissionais contratados pelo adquirente, desde que sejam considerados competentes segundo o CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia) e também credenciados pelo INCRA (DIAS, 2005). Com o relatório do procedimento de georreferenciamento, se tem o requerimento de certificação que se dá perante o INCRA, esta certificação do imóvel rural é exigida em todo

caso de alteração de área ou nos seus titulares, nesse sentido, faz-se interessante que este seja um dos requisitos impostos a escritura pública pelo projeto de lei.

Com relação aos Cartórios de Registro de Imóveis, o projeto de lei mantém as mesmas determinações no que diz respeito ao cadastro especial, feito em livro auxiliar as aquisições de imóveis rurais pelas pessoas físicas e jurídicas estrangeiras. Contudo, o PL (art. 11) e Lei (art. 9º) diferem entre si quanto às informações que devem constar nesse cadastro, coincidindo apenas no que toca à documentação necessária para a aquisição por pessoas jurídicas, caso em que devem ser apresentados seus atos constitutivos.

Nos incisos do art. 10 da legislação vigente, além da informação cadastral já mencionada, se faz necessário ainda um memorial descritivo do imóvel e, quando for necessário, a transcrição da autorização do órgão competente; esses requisitos não foram empregados pelo PL n.º. 4059/12, que os substituiu pelo número da matrícula do imóvel respectivo.

Além disso, o projeto de lei inova, ao prever o prazo de 10 dias, contados desde o registro, para que os Cartórios de Registro de Imóveis informem os dados cadastrais já mencionados à Corregedoria da Justiça dos Estados dos quais estiverem subordinados e ao INCRA, sob pena de aplicação das penalidades administrativas cabíveis (art. 11 § 1º). A disposição não encontra paralelo na Lei 5709/71, cujo art. 11, prevê os Cartórios de Registros de Imóveis deverão remeter trimestralmente à Corregedoria da Justiça dos Estados a que estiverem subordinados e ao Ministério da Agricultura, relação das aquisições de áreas rurais por pessoas estrangeiras, sob pena de perda do cargo.

Vale ainda ressaltar que, segundo a lei n.º 5709/71 as informações devem ser destinadas à Corregedoria da Justiça dos Estados a que estiverem subordinados e ao Ministério da Agricultura, contudo, no projeto de lei, o Ministério da Agricultura cede lugar ao INCRA, autarquia federal que trata do ordenamento fundiário nacional. No caso de imóvel relevante para a segurança nacional, tanto o projeto de lei como a atual lei determinam que a relação de informações deve ser enviada ao Conselho de Defesa Nacional.

O art. 12 do projeto traz disposições acerca da possibilidade de autorização para a aquisição de imóveis por estrangeiros além dos li-

mites fixados na lei. Tal possibilidade apenas existe quando se tratar da implantação de projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País e deve ser formalizada por decreto legislativo do Congresso Nacional, mediante manifestação prévia do Poder Executivo. Diversamente, a lei em vigor, não prevê a participação do Poder Legislativo, cabendo tal autorização apenas ao Presidente da República, mediante decreto presidencial. Neste ponto, parece ter andado bem o decreto ao propiciar a participação do Legislativo em questão dotada de caráter nitidamente estratégico para a economia nacional.

O art. 13 do mencionado projeto retira a opção de doação de terras da União a pessoas estrangeiras, *“nos casos previstos em legislação de núcleos coloniais, onde se estabeleçam em lotes rurais, como agricultores, estrangeiros imigrantes”*, antes prevista na Lei nº 5.709/71. Verifica-se que a intenção do legislador foi a de proteger o patrimônio público e evitar, a qualquer título, a alienação ou doação de terras da União, dos Estados ou dos Municípios a pessoas estrangeiras.

Por sua vez, o art. 14 também altera alguns aspectos relativos à alienação, ao determinar que são anuláveis as contratações que violarem as prescrições do projeto de lei. Na disposição legal em vigor declara-se que essas contratações são nulas de pleno direito e geram responsabilidade civil para o tabelião que lavrar a escritura e para oficial de registro que a transcrever. Neste particular, a proposta legislativa abranda a sanção relativa à inobservância dos preceitos relativos à aquisição de imóvel rural por estrangeiros no país.

O art. 15 prevê a introdução de um parágrafo único no art. 1º da Lei nº. 4.131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior. Pretende-se um maior controle sobre os recursos investidos por estrangeiros em aquisições e arrendamentos de terras, com o objetivo de evitar não apenas a concentração fundiária nas mãos de estrangeiros, mas também a fuga de capitais.

Por tal motivo, o referido parágrafo que os recursos financeiros e monetários introduzidos no Brasil, a qualquer título, por pessoas físicas e jurídica estrangeiras para aplicação em atividades econômicas que envolvam *“a aquisição e o arrendamento de áreas rurais no território nacional estarão sujeitas à legislação que regula a aquisição de imóveis rurais por pessoas estrangeiras, sem prejuízo do que dispõe a presente Lei.”*



O projeto propõe ainda a alteração da Lei nº 5.868 de 1972, que versa sobre o Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), determinando que os cadastros ali previstos serão informatizados. Define ainda que o banco de dados sobre imóveis rurais deverá ter sua base de dados atualizada com as informações prestadas pelos contribuintes no *“Documento de Informação e Atualização Cadastral do ITR – DIAC, a que alude o art. 6º da Lei nº 9.393 de 19 de dezembro de 1996, independentemente de qualquer providência dos contribuintes.”*

O objetivo da proposta é proporcionar um controle mais ágil e menos burocrático das transações ocorridas, pois a concentração das informações em um cadastro rural periodicamente atualizado pelos dados relativos à arrecadação do ITR tem o condão de facilitar o controle das aquisições pelo governo federal e também o mapeamento das áreas do território nacional que são de propriedade de estrangeiros.

#### **4. CONCLUSÃO**

Dado o exposto, pode-se perceber que o Projeto de Lei n.º 4.059/12 reflete predominantemente uma flexibilização na aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil, em especial pelo fato de que o referido projeto prevê expressamente que as restrições estabelecidas ao longo do dispositivo legal não se aplicariam às pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital pertença a estrangeiros.

Nesse sentido, garantiu-se tratamento igualitário às empresas brasileiras, independentemente do controle do capital e assim coloca um ponto final nas discussões acerca das concepções existentes no plano jurídico sobre essas empresas. Faz-se importante ressaltar que a normatização proposta ainda traz diversas outras alterações que agregam medidas de caráter flexibilizante, dentre elas, o aumento dos limites de módulos nos quais dispensa-se a licença ou autorização para aquisição por estrangeiros.

Vale ainda mencionar as alterações destinadas ao Cadastro Rural, mais precisamente, em relação ao repasse de informações cadastrais a Corregedoria da Justiça dos Estados, aos quais estiverem subordinados e, também ao INCRA. A legislação vigente determina um prazo trimestral para que essas informações sejam prestadas; em contrapartida, o

Projeto de Lei propõe que estas sejam remetidas respeitando um prazo máximo de apenas 10 dias.

Tal exigência salienta uma mudança significativa, que reflete uma proposta garantidora de maior celeridade na aquisição ou arrendamento de imóveis rurais, traduzindo, em uma medida que estimularia ainda mais os investidores interessados e proporcionaria uma melhoria significativa no controle de terras por parte do governo brasileiro.

Ainda que o projeto analisado apresente, majoritariamente, medidas voltadas a flexibilização, este também estabelece certos contrapontos, ou seja, determinadas contenções necessárias. Isso pode ser percebido ao analisar o art. 8º § 1º do projeto de lei, que regulamenta às limitações direcionadas às somas de áreas de superfície dos municípios que podem ser ocupadas por estrangeiros, nesse caso, tanto o PL n.º 4.059/12, como a Lei n.º 5.709/71, determinam um máximo de um quarto de superfície do município em questão.

Entretanto, como já mencionado, esse percentual na legislação vigente, diz respeito somente a aquisição, já no projeto de lei, ele engloba tanto o arrendamento como a aquisição, demonstrando, com isso, uma diminuição das áreas passíveis de ocupação por estrangeiros dentro dos municípios, consubstanciando-se, em uma medida voltada para que grandes áreas da mesma região não sejam inteiramente dominadas por estrangeiros.

Observou-se outra flexibilização no que tange o art. 15 do PL n.º 4.059/12, pois na legislação que dispõe sobre aplicação do capital estrangeiro e remessas de valores para o exterior, denominada Lei n.º 4.131 de 1962, tinha-se uma definição mais ampla de capital estrangeiro, incluindo bens, máquinas e equipamentos, e o projeto de lei resume a capital estrangeiro apenas os “recursos financeiros e monetários”, retirando também a exigência de ambos pertencerem a pessoas jurídicas ou físicas com sede ou domicílio no exterior, antes existente.

A respeito do parágrafo único do art. 16 do Projeto de Lei, há uma determinação muito importante para o tema, que é a validação de todas as compras e arrendamentos realizados por pessoas físicas e pessoas jurídicas brasileiras durante o período de vigência da Lei n.º 5.709/71, ou seja, valida-se todas as aquisições realizadas, inclusive, por pessoas jurídicas brasileiras de capital estrangeiro.

Esses pontos específicos de contenção podem ser entendidos como ponderações do legislador para que essas aquisições ou arrendamentos, ainda que flexibilizados, estejam passíveis de um controle efetivo, evitando a ocorrência de situações problemáticas para a economia e subsistência como, por exemplo, ocorreu com as inúmeras áreas compradas por grandes empresas chinesas na África. Dessa forma, a partir da análise realizada, pode-se determinar que o projeto de lei propõe uma flexibilização, que se faz contida nos pontos apresentados.

Em decorrência dessa regulamentação proposta, os defensores dessas alterações na legislação acreditam que o mesmo desequilíbrio econômico não iria ocorrer no Brasil, dando lugar ao impulsionamento do setor agrário. O Itamaraty defende que a regulamentação prevista no projeto facilita a celebração de acordos de investimentos internacionais, por prever a não diferenciação entre empresas brasileiras de capital estrangeiro e aquelas de capital nacional. Por outro lado, os opositores do projeto acreditam que as medidas previstas podem refletir em um perigo à soberania nacional, para o pequeno produtor rural, além de ter o inconveniente de causar graves danos à reforma agrária e recriar uma nova geração de “sem-terra”. (ANO chega [...], 2016).

Atualmente, a questão ainda se encontra em aberto, pois o mencionado PL ainda tramita no Congresso Nacional, apesar de seguir sob regime de urgência desde 2015. Não obstante a relevância do tema para a economia nacional, o cenário de instabilidade política e econômica tem impedido uma definição da controvérsia.

## REFERÊNCIAS

ANO chega ao fim sem solução para impasse sobre compras de imóveis rurais por estrangeiros. **Sociedade Nacional de Agricultura**. Disponível em: <<http://sna.agr.br/ano-chega-ao-fim-sem-solucao-para-impasse-sobre-compras-de-imoveis-rurais-por-estrangeiros>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf?sequence=1?curso=CFS%202%202018](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1?curso=CFS%202%202018)>. Acesso em: 10 mar. 2016

\_\_\_\_\_. **Lei 5.709/71, de 07 de outubro de 1971.** Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-bb039e.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº. 4059/2012, de 13 de junho de 2012.** Regulamenta o art. 190, da Constituição Federal, altera o art. 1º, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e o art. 6º Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1001609&filename=PL+4059/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001609&filename=PL+4059/2012)>. Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Parecer CGU/AGU nº 01, de 03 de setembro de 2008.** Publicado no Diário Oficial da União, de 23 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2012.

DIAS, R. W. **Georreferenciamento de Imóveis Rurais.** Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lh-cw==&in=MzQ0Mg==&filtro=9&Data>>=. Acesso em: 10 ago. 2017.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional.** Vol. II, Coimbra: Almedina, 2005.

HAGE, Fábio Augusto Santana; PEIXOTO, Marcus; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. **Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-114-aquisicao-de-terras-por-estrangeiros-no-brasil-uma-avaliacao-juridica-e-economica>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

HODGSON, Stephen; CULLINAN, Cormac; CAMPBELL, Karen. **Land ownership and foreigners: a comparative analysis of regulatory approaches to the acquisition an use of land by foreigners.** FAO Legal Papers Online, 1999. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-bb039e.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

LACERDA, Maneira. **Venda de terras para estrangeiro ainda gera polêmica.** Disponível em: <<http://www.canalrural.com.br/noticias/rural-noticias/venda-terras-para-estrangeiros-ainda-gera-polemica-66479>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

LAMBERT, Natalia. Projeto sobre venda de terras brasileiras a estrangeiros gera debates. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/03/06/internas\\_polbraeco,578366/projeto-sobre-venda-de-terras-brasileiras-a-estrangeiros-gera-debates.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/03/06/internas_polbraeco,578366/projeto-sobre-venda-de-terras-brasileiras-a-estrangeiros-gera-debates.shtml). Acesso em: 14 set. 2017

LAMAS, Natália Mizhray, ROCHA, Flávia do Valle. **O Direito das Coisas. In Curso de Direito Internacional Privado**, coord. FERREIRA Júnior, Lier; CHAPARRO, Verônica Zárete. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

SAMPAIO, Cristiane. **PL que libera venda de terra rural para estrangeiros põe em xeque soberania nacional.** Disponível em: <<https://www.brasilde->

fato.com.br/2016/07/21/pl-que-libera-venda-de-terra-rural-para-estrangeiros-poe-em-xeque-soberania-nacional/>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SILVEIRA, Luiz. **Incra cria “superburocracia” para compra de terra por estrangeiros**. In: Portal Agro. Disponível em: <<http://www.souagro.com.br>>. Acesso em 03 fev. 2012.

SOUZA, Murilo; TRIBOLI, Pierri. **Debatedores divergem sobre projeto que regula compra de terras por estrangeiros**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/512537-DEBATEDORES-DIVERGEM-SOBRE-PROJETO-QUE-REGULA-COMPRA-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS.html>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

VERSIANI, Thalita Gomes; MOURA, Mirena Augusta. **Aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira controlada por capital estrangeiro em face da Emenda Constitucional nº. 6, de 1995 (EC nº 6/1995)**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aquisicao-de-imovel-rural-por-pessoa-juridica-brasileira-controlada-por-capital-estrangeiro-em-face-da-emenda-,35759.html>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

**CHINA compra terras no Brasil**. O Estado de São Paulo. Opinião. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,china-compra-terras-no-brasil-imp-,589697>>. Acessado em: 10 ago. 2017.

# TESTAMENTO VITAL: MANUTENÇÃO DO DIREITO À VIDA OU DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE?

<sup>1</sup>Thiago de Souza Modesto

<sup>2</sup>Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

## RESUMO:

Neste artigo propomos a análise da importância do testamento vital como garantia do atendimento da disposição de última vontade do paciente que opta por uma morte digna ao invés do prolongamento da vida a todo custo. Assim, através de revisão bibliográfica e documental, objetiva-se a compreensão do instituto e verificação de sua utilização no Brasil, levando em conta que nossa legislação é omissa, ou se haveria infringência a nossa legislação.

## PALAVRAS CHAVES:

Morte digna. Testamento vital. Diretiva antecipada de vontade.

---

1 Especialista em direito e processo civil pela Estácio de Sá. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. thiagomodesto.adv@hotmail.com.

2 Mestre em biodireito, ética e cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email:cristina.delgado@uol.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

O tema morte ainda é um tabu em nossa sociedade. No campo do direito, muito se discute sobre o direito à vida, o que também é uma preocupação da literatura médica. Por outro turno, pouco se discute sobre uma morte digna nas situações nas quais o paciente encontra-se em estado terminal e sem reais chances de manutenção de uma vida de forma digna e saudável.

Ao pensarmos em morte digna, não podemos ter ideias pré-estabelecidas do que seria uma vida digna ou não. Tal análise se torna subjetiva, razão pela qual nada mais justo e natural respeitarmos o poder decisório do sujeito que testa previamente sua vontade, dentro do que entende ser do ponto de vista dele uma forma digna de continuar a viver.

E, é neste contexto que o testamento vital ganha relevância e destaque nos debates, pois através de um documento, no qual o paciente expressa livremente e antecipadamente sua intenção a quais procedimentos médicos quer ou não ser submetido, estará sendo mantida sua disposição de última vontade, o que deve ser respeitado pelos familiares e médicos responsáveis pelo tratamento em situações terminais.

Em que pese não tenha legislação prevendo os requisitos de como deve ser elaborado a referida diretiva antecipada de vontade em nosso país, analisando as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil, do Código Civil e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, temos claro que nada obsta que a vontade do paciente seja atendida, desde que observado alguns critérios que serão analisados neste trabalho.

Desta maneira, no primeiro capítulo se fará uma análise geral quanto ao testamento vital e alguns aspectos da legislação comparada. No segundo capítulo, a preocupação residirá no direito nacional, utilizando como sustento de validade do documento a CFRB de 1988, o Código Civil e Resoluções do CFM, bem como nos princípios constitucionais. Por fim, no terceiro capítulo, será discutida as formas pela quais este documento poderá ser elaborado, com objetivo de ter maior segurança jurídica.

O tema é relevante na medida em que não devemos ter como universal o nosso parâmetro de ideal de vida, pois as disposições de

vontade, desde que não violem as normas jurídicas em vigor, devem ser atendidas com o fito de respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

## 2. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL NO CONTEXTO MUNDIAL

A primeira legislação mundial que reconheceu o direito de escolha do paciente anterior a sua situação terminal, trazendo com isso a possibilidade legal de acatar a vontade do declarante acerca de recusa de determinados tratamentos terapêuticos considerados fúteis pelo testador foi a *Patient Self-Determination Act* (PSDA), uma lei norte-americana datada de 01 de dezembro de 1991 (The New England Journal of Medicine, dezembro, 1991).

A referida lei tratou do que chamamos de diretivas antecipadas de vontade - DAV - (*advanced care documents*), que é gênero que possui duas espécies: o *living will* e o *durable power of attorney*, sendo respectivamente traduzidos como testamento vital e o mandato duradouro. Tais documentos contêm a manifestação de vontade do paciente sobre os cuidados médicos e de saúde que pretende ou não ser submetido quando estiver em estado terminal, ou seja, incapacitado de manifestar sua vontade.

Analisando as espécies, temos que é no mandato duradouro que fica designado pelo menos um responsável para tomar decisões acerca dos procedimentos médicos pelos quais o mandatário será ou não submetido perante o médico, ou seja, investe-se um terceiro como porta-voz do paciente que por razões de saúde não é capaz de expressar sua vontade.

Nos dizeres de Lippmann (2013, p.39):

*O procurador para cuidados de saúde é o representante escolhido pelo paciente, na posse plena das suas capacidades intelectuais e volitivas, para, na eventualidade de incapacidade superveniente, tomar as decisões necessárias, relacionadas à saúde do mandante.*

Assim, o mandatário tem o dever de decidir o que possivelmente seria a escolha do outorgante nas circunstâncias em que se encontra,



sendo, portanto, genuíno julgamento substitutivo de vontade, devendo haver intimidade entre o mandante e mandatário. (DADALTO, 2015)

A outra espécie, objeto do presente trabalho, é o testamento vital, que pode ser considerado como um documento no qual uma pessoa em plenas faculdades mentais, autodetermina quais tratamentos e procedimentos deseja ou não se submeter no caso de doenças incuráveis, sem possibilidades terapêuticas e incapazes de livremente manifestar seu desejo. Ao tratar deste tema, Schreiber (2013, p. 61 e 62) o chama de testamento biológico, e assim o define:

*Denomina-se testamento biológico (ou testamento vital, tradução literal da expressão norte-americana living will) o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir a sua vontade.*

Ressalte-se que é possível fazer um testamento vital sem nomear um procurador de saúde, contudo, é desejável a nomeação, pois no caso de dúvidas e possíveis omissões, o mandatário será a pessoa que decidirá por aquele incapaz de manifestar sua intenção.

O testamento vital, quanto a sua nomenclatura, sofre críticas, visto que apesar de seu nome, se difere do testamento do direito sucessório previsto em nosso ordenamento jurídico. Ambos tratam de uma disposição de vontade, porém o testamento mencionado no Código Civil trata de questões patrimoniais e só terá efeito após a morte do testador, ao passo que o testamento vital, também conhecido como carta de disposição de vontade ou testamento biológico trata de negócio jurídico no qual o sujeito faz uma declaração privada destinada a questões não patrimoniais, e seu efeito é ainda durante a vida do paciente.

Devido à importância de se respeitar a decisão do paciente, bem como resguardar a equipe médica que por vontade do testador decidiu interromper os tratamentos sem sucesso em casos terminais, diversos países já legislaram sobre o tema.

Na Europa, a discussão teve relevância a partir da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, também conhecida como Convênio de Oviedo, ratificada por Portugal, Espanha e Suíça, entre outros países. Após este convênio, países como Espanha e Portugal legislaram sobre o assunto. Na América Latina, Porto Rico foi o primeiro país a legislar

sobre as DAV e, posteriormente Argentina e Uruguai. (DADALTO, TUBI-NAMBÁS, GRECO, 2013)

A lei portuguesa nº 25/2012 que regula o assunto, traz em seu bojo o conceito das diretivas antecipadas de vontade; a forma pela qual devem ser elaborados tais documentos, requisitos e prazos de validade; possibilidade de modificação ou revogação das disposições testadas; confidencialidade da equipe médica em razão do sigilo profissional, e ainda a criação do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), com o objetivo de criação de um cadastro nacional e assim dar mais segurança e eficácia de aplicabilidade da autonomia de vontade previamente expressa. Por todas estas disposições, considera-se a legislação portuguesa bastante abrangente no que se refere ao tema proposto, situação que não é semelhante ao nosso país, pois aqui inexistente legislação que regule o tema.

Ainda no contexto europeu, a Itália, país com legislação civil próxima a nossa, intrigante é o fato de que também não foi promulgada lei sobre o tema, apenas um projeto de lei foi aprovado na Câmara de Deputados, porém com forte oposição da bancada católica que erroneamente compreende o testamento biológico – nomenclatura utilizada por aquele país – como uma prática de antecipação da morte, ou seja, de eutanásia. (REPUBBLICA, 2017)

Em que pese não haja lei regulando o assunto no país de tradição católica e de forte influência do Vaticano, a Associazione Luca Coscioni, uma das associações que mais se dedica aos estudos de bioética, criou um canal em que os cidadãos italianos podem compilar o testamento biológico. Esta possibilidade é similar ao que ocorre em Portugal, porém neste país há legislação tratando do tema, como já narrado.

Assim, temos as diretivas antecipadas de vontade como a expressão máxima de autodeterminação de cuidados de saúde, o que merece a devida importância, apesar do tema morte não ser o mais desejável a se discutir, porém, sabemos que este é um evento futuro e certo pelo qual todos nós passaremos algum dia e certamente gostaríamos de ter nossos desejos respeitados, já que ao dispormos sobre nossa vontade, testaríamos o que entendemos dignidade para conosco.

### 3. O TESTAMENTO VITAL FRENTE À OMISSÃO LEGISLATIVA DO BRASIL

No Brasil não há legislação específica sobre as DAV, apesar do Código de Ética Médica ter sido um grande avanço ao reconhecimento da importância da vontade do paciente para a suspensão de tratamentos considerados fúteis, bem como a Resolução nº 1995/12 que trouxe disposições acerca das diretivas.

O tema é atinente a vários princípios e direitos que devem ser resguardados, como o da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia e a consciência individual, pois na maior parte dos casos refere-se ao desejo de se ter uma morte digna, sem o prolongamento do sofrimento por parte de um tratamento inútil, decisão que consideramos mais justa e sensata quando tomada pelo próprio titular ou por um mandatário por este designado, pois assim se estaria respeitando sua vontade.

O direito à vida é um direito fundamental elencado no art. 5º da Constituição Federal da República de 1988. Segundo Silva e Gomes (2012), apesar de muitos entenderem que este é um direito absoluto e soberano, os direitos ditos fundamentais estão suscetíveis a ponderações. Dessa feita, é possível relativizar o direito à vida, com o objetivo de se cotejar uma morte digna.

Interessante aqui acrescer a assertiva de Dallari (2004, p. 32), que ao se manifestar sobre o tema assevera:

*A vida é o primeiro bem da pessoa humana, pois sem a garantia da vida a própria pessoa desaparece e nenhum direito poderá existir. Garantir o direito à vida não é apenas impedir que umas pessoas matem outras, mas exige o respeito à integridade da pessoa e a possibilidade de sobrevivência digna e de desenvolvimento individual.*

Já ressalta o Autor quanto à necessidade de sobrevivência digna, o que então se acresce que estaria a condição de saber o que do seu ponto de vista seria viver em uma condição que repetisse sua integridade como pessoa, assim como lhe assegurar uma vida digna.

Em complemento, o artigo 15 do Código Civil de 2002, assegura que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, nem mesmo com risco de vida, em

respeito à sua autonomia. Assim, obrigar um paciente a ser submetido a tratamento médico que apenas prolongará sua vida, sem nenhuma perspectiva de cura pode ser classificado como tratamento desumano, caso a pessoa, no seu âmago assim entenda.

À baila disso, o testamento vital é uma das formas de assegurar o direito de escolha das pessoas, mesmo quando não há possibilidade de manifestação, pois já estará previamente declarada a vontade do enfermo. Nas palavras da Doutora em Ciências da Saúde e uma das maiores pesquisadoras do testamento vital em nosso país, a advogada Luciana Dadalto (2014):

*Alguns procedimentos são extremamente invasivos e, no fim, não trazem benefícios significativos. Mesmo assim, a atual prática médica tende a recorrer todos os recursos disponíveis, independentemente dos efeitos colaterais e dos valores em que o paciente acredita.*

Ao se considerar a autonomia uma capacidade atribuída ao indivíduo para que este escolha o que deseja fazer ou não, conforme suas próprias convicções, desde que não violada as normas jurídicas em sentido amplo, estamos potencializando o cumprimento da dignidade da pessoa humana, que tem como finalidade precípua assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

De acordo com Dadalto (2015, p. 179), o princípio da autonomia, considerado como autodeterminação do sujeito, encontra guarita no testamento vital, vejamos:

*O testamento vital é expressão da autonomia do sujeito, garantidor da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos aos quais deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal, preserva sua vontade e evita sua submissão ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condição de reversibilidade da doença -, considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano diante da comprovação que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste.*

Continua ainda a Autora (2015, p. 87) afirmando:

*O que se pode fazer no interior deste espaço pessoal é uma decisão que compete apenas à própria pessoa. Proibições ou proibições normativas estão vedadas, por se tratar de manifestações heterônomas, que se tornam ilegítimas perante a tutela da pessoa humana e de seus direitos fundamentais que devem ser exercidos como expressão de liberdade de seu titular, sem imposições culturais ou normativas, sob pena de flagrante desrespeito à concepção de vida boa adotada por cada um.*

Ademais, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 1º estabelece que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Observa-se que a referida resolução objetiva respeitar a vontade do paciente ou de seu mandatário, com respeito à autonomia privada da vontade em cotejo aos princípios da dignidade da pessoa humana e o direito a morte digna, trazendo disposição acerca da ortotanásia. O artigo 2º trata do dever do médico de manter os procedimentos necessários a aliviar os sintomas de dor, ou seja, dúvidas não pairam que o testamento vital não objetiva cessar os cuidados paliativos, mas sim os tratamentos considerados invasivos e fúteis, o que fatalmente pode trazer maior sofrimento e agonia àquele que é submetido a isso.

Com essa resolução, percebe-se um progresso no tocante ao tema, ainda que com controvérsias, na medida em que foi alvo de ação civil pública, registrada sob o número 2007.34.00014809-3, movida pelo Ministério Público Federal e julgada pela 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. A ação foi julgada improcedente, sob o argumento de que a suspensão do tratamento médico que prolongasse a vida do paciente em estado grave ou terminal, quando há sua expressa autorização, não ofende o ordenamento jurídico.

Nota-se que a decisão acima foi vanguardista, ao entender que a ortotanásia não é vedada e incompatível como nossa legislação. Neste ponto, devemos fazer a diferenciação de três procedimentos da literatura médica: eutanásia, ortotanásia e distanásia.

A eutanásia é o procedimento pelo qual o indivíduo encontra-se em intenso sofrimento derivado de doença incurável e decide antecipar

sua morte. Em nossa legislação, tal prática é vedada, sendo passível de condenação em homicídio privilegiado, nos termos do artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal. No direito comparado, Holanda e Bélgica permitem tal prática.

Assevera Pessini, (2004, p. 285):

*A tendência atual é utilizar o termo eutanásia para caracterizar a específica e tão somente aquelas situações especialíssimas de abreviar a vida em situações intoleráveis de dor e sofrimento também denominadas "suicídio ou homicídio assistido" ou "morte piedosa".*

Já a ortotanásia, prevista na mencionada resolução nº 1.805/2006, significa morte correta, através do não prolongamento artificial do processo de morte, ou seja, a morte acontece por um processo natural (BORGES, 2001). Assim, o evento morte acontece sem interferência ativa, sem o prolongamento artificial da vida executado pelo aparato da medicina contemporânea.

Quanto à distanásia, esta nada mais é do que o oposto da ortotanásia, pois ao invés de não criar mecanismos fúteis para o prolongamento artificial da vida, justamente busca-se toda a tecnologia e os avanços da medicina para o prolongamento da dor e sofrimento, objetivando com isso que o evento morte seja retardado, ainda que inevitável, já que não há mais procedimentos capazes de evitar o infortúnio. Para Maria Helena Diniz (2006, p. 399):

*Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (L'acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte.*

No que tange estes três procedimentos a serem adotados no caso de pacientes em situações terminais, temos que apenas a eutanásia é considerada um crime. Por outro lado, a ortotanásia, caso prevista no testamento vital, que é o que ocorre majoritariamente, visto que o paciente declarará recusa a procedimentos considerados fúteis, não dispensando os cuidados paliativos, deve ser acatada, tendo inclusive

sido afastada a prática de crime conforme a decisão da ação civil pública mencionada acima.

Acrescenta-se, por fim, que a distanásia, também não sendo considerada crime, poderá ser prevista no testamento vital, pois para o titular do direito, talvez seja salutar que a equipe médica tente todos os procedimentos existentes para prolongar sua morte, porém, entende-se que quando esse desejo tiver conflito com o tratamento desumano, devem os mesmos ser suspensos, pois a CRFB veda este tipo de tratamento.

Para continuar ilustrando os avanços no direito nacional, a portaria do Ministério da Saúde de nº 1.820/09, assegura, “ao paciente, o direito à indicação de uma pessoa (procurador de cuidados) de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia”. Nota-se que aqui está sendo permitida a figura do mandatário por meio do mandado duradouro, outra espécie de diretiva antecipada de vontade.

Como marco em nosso país acerca das diretivas antecipadas de vontade, visto que assim foram tratadas com a devida importância e com esta nomenclatura, o Conselho Federal de Medicina aprovou no dia 30/08/2012 a Resolução nº. 1995/12 que permite ao paciente registrar seu testamento vital na ficha médica ou no prontuário. Esta resolução tratou de grande avanço, haja vista a omissão legislativa sobre o assunto, além do que tratou de maior garantia e segurança para aplicabilidade da vontade do paciente previamente expressa ou declarada pelo seu mandatário perante a equipe médica. Ressalta-se que apesar da importância da mencionada resolução, ela não trouxe questões específicas sobre o registro do testamento vital, prazo de validade, idade mínima, revogações e demais disposições, razão pela qual ainda se busca no direito comparado alguns parâmetros para aplicabilidade do direito ao cumprimento das DAV no Brasil.

Analisando a referida resolução, observa-se que o artigo 2º, § 2º, informa que o médico deixará de cumprir a disposição de vontade que, em sua análise, estiver em desacordo com as disposições do Código de Ética Médica. Acrescenta-se ainda, numa análise legal, que as DAV também não poderão ser cumpridas pelo médico caso esteja em desacordo com as normas jurídicas em vigor. Por exemplo, não se pode prever eutanásia nas diretivas antecipadas de vontade, e uma vez prevista, não podem ser cumpridas pelo médico, sob pena de responsabilização

penal e civil, pois como é de conhecimento geral, a prática deste ato em nosso país é vedada.

Nesta linha de raciocínio, analisando o Código de Ética Médica, se tem como destaque o artigo 41, que trata da vedação do médico de “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Já no parágrafo único, se verifica a clara e expressa possibilidade da vontade do paciente ser respeitada, quando manifestada por meio do testamento vital, pois *in verbis*:

*Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.*

A título de ilustração, tenhamos em mente uma pessoa capaz civilmente de exercer a sua manifestação sobre o desejo ou não de se submeter a tratamento médico, cirúrgico ou outro qualquer. Certo é que caso não queira tratar-se da referida moléstia, sua decisão deverá ser respeitada pelo médico e os familiares. Logo, por qual motivo não se deve aceitar a decisão de não tratamento deste mesmo paciente, desde que previamente e expressamente declarada, já que em determinado momento será incapaz de manifestar de forma livre sua vontade quando não se encontrar possibilidades concretas de cura na fase terminal?

Tem-se assim que de tudo que foi visto até aqui e, levando-se em conta que apesar de inexistir leis específicas que tratam do testamento vital, analisando-o sob a perspectiva constitucional, calcado nos princípios norteadores da CFRB, notadamente da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da autonomia (implícito no artigo 5º), e com a expressa previsão de proibição ao tratamento desumano (artigo 5º, III), aliado a disposição do artigo 15 do Código Civil e as resoluções do Conselho Federal de Medicina aqui analisadas, é possível constatar que não há motivos para a não aplicabilidade desta forma de disposição antecipada de vontade em nosso país, pois desde que respeitado alguns requisitos gerais, devido a omissão legislativa, não há qualquer impeditivo para dar o direito de uma morte digna ao sujeito que não terá opções concretas para manutenção de sua vida, pois em assim se decidindo se



estará de forma evidente respeitando aos princípios norteadores de nossa Constituição.

#### **4. ELABORAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL**

Apesar de não ser descrita a forma pela qual deve ser elaborado o testamento vital, o artigo 2º, § 4º, da resolução nº 1995/12, prevê a possibilidade do testador comunicar diretamente ao médico os procedimentos pelos quais quer ou não ser submetido, claro que desde que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais, pois como requisitos temos que a vontade prévia deve ser expressada de forma livre e consciente. Neste caso, o profissional de saúde deverá ter a cautela de fazer as anotações no prontuário médico, pois o testamento vital, como indica seu nome, pressupõe uma manifestação de vontade expressa.

Para maior cautela, até porque não se sabe em que estado de saúde o sujeito chegará ao hospital, e na prática muitas das vezes não ser possível declarar sua vontade de forma lúcida ao médico, o mais seguro é que o testamento vital seja previamente elaborado, cumprindo alguns requisitos que deve ser extraído de disposições gerais de nossa legislação, atinentes as declarações de vontade, bem como da legislação estrangeira, que muito já avançou sobre o tema.

Em maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça, durante a I Jornada de Direito da Saúde, formulou o enunciado nº 37, que dispõe sobre a recomendação de como as DAV devem ser feitas, assim:

*As diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.*

Com isso, há uma recomendação de que o testamento vital, ou mesmo o mandato duradouro, caso feito de forma particular seja elaborado na presença e ratificado por duas testemunhas. A outra possibilidade é fazê-lo de forma pública, perante o tabelião de notas no cartório de notas, e sendo assim elaborado, será atestada a fé pública de tal documento e gerado o efeito de publicidade, característica dos atos

lavrados nas serventias extrajudiciais, o que certamente trará maior segurança jurídica ao ato praticado. Corroborando com isso, Lippmann (2013), entende que para que haja validade, o testamento deve ser digitado, impresso e assinado sem rasuras, com indicação de registro em cartório na presença de duas testemunhas, ou com o cumprimento das determinações do artigo 1.876 do Código Civil que trata do testamento particular.

Por outro lado, na opinião de Barcellos e Bussinguer (2013), a simples anotação da manifestação de vontade no prontuário do paciente feito pelo médico que o assiste, tal como reza o artigo 2º, § 4º, da resolução 1995/12, já emana efeitos legais, pois o profissional da saúde possui fé pública em razão de sua profissão, não havendo necessidade de ser observado nenhum outro requisito.

Para a elaboração do testamento vital, é necessário e importante que o testador conte com o auxílio de um médico de confiança, para não conter nenhuma disposição que viole a conduta médica e que tenha pleno conhecimento de procedimentos, nomenclaturas próprias da ciência médica, a fim de fazer escolhas acertadas e de acordo com sua real intenção. Além disso, do ponto de vista da legalidade, deve o testador contar com o apoio de um advogado, no caso do documento ser elaborado de forma privada, ou do tabelião de notas, caso em que é feito de forma pública, para que não preveja condutas vedadas pelo ordenamento jurídico em vigor, contendo com isso qualquer vício de legalidade, o que invalidaria seus anseios.

Como já dito, quanto às disposições de recusa e/ou aceite de cuidados e tratamento, para serem válidas no ordenamento jurídico brasileiro, não poderão abarcar a recusa dos cuidados paliativos, “vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna” (PENALVA, 2009, p. 535), sendo então admitidas apenas as disposições de recusa de tratamentos fúteis.

Neste sentido, é extremamente importante que a relação médico-paciente seja a mais ética e sincera possível, pois nos dizeres de Diniz (2006, p. 648 - 649) é necessário observar:

*Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diag-*

*nósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados.*

Com isso se manteria a condição de fidelidade ético médica entre paciente e médico, respeitando-se assim essa confiança entre as partes. Por outro lado, importante ainda se ter bem asseverada a capacidade civil para sua elaboração, que no caso, o portal do testamento vital informa que:

*É necessário que o indivíduo seja capaz, segundo os critérios da lei civil. Ou seja, tenha mais de 18 (dezoito) anos e se enquadre em nenhuma situação de incapacidade a posteriori. Contudo, entendemos que uma pessoa que seja menor de 18 anos pode fazer o testamento vital, desde que haja autorização judicial, baseada no discernimento desta pessoa. Ou seja, na prova de que, ainda que seja incapaz pelo critério etário escolhido pelo legislador brasileiro, possui discernimento para praticar tal ato.*

Ainda, vale aqui ressaltar Durant, (2007, p.176):

*(...) assim a autonomia ou a autodeterminação é considerada um direito ( um direito de ser informado, um direito de decidir etc.) possuído por toda a pessoa adulta ponderada ou por seus representantes, no caso da própria pessoa ser legal, ou psicologicamente incapacitada. Esforçando-se para precisar em que consiste essa aptidão em consentir, diversos autores (juristas ou não) destacam três elementos essenciais: - Capacidade de uma pessoa de compreender as explicações fornecidas e as implicações do ato. - Capacidade de deliberar sobre as escolhas possíveis em função de seus valores e das metas que persegue; - Capacidade de expressar claramente sua escolha.*

Nota-se que os autores divergem quanto à capacidade civil para testar, pois uns entendem que o menor de 18 anos poderia testar sua vontade, desde que com autorização judicial, outros já entendem que apenas os adultos teriam tal faculdade. A questão é controvertida, ainda mais por inexistir leis que determinem a forma pela qual este documento deva ser elaborado.

Se observa que a validade do testamento vital, via de regra, não está subordinada a um prazo específico, porém em Portugal, através da lei nº 25/2012 em seu artigo 7º, consta a determinação de que este documento terá a validade de 05 anos, podendo ser renovado. No Brasil, dada à omissão da lei acerca dos procedimentos e formas de elaboração do documento, defende Dadalto (2015) que não há prazo de validade para a referida manifestação de vontade, por entender que o documento é em sua essência revogável, podendo ser a qualquer tempo ser modificado, suspenso ou extinto pelo outorgante, o que neste ponto se assemelharia ao testamento civil de cunho patrimonial.

Observa-se que quanto à implementação do documento em si no nosso país não há nenhuma discrepância em reconhecer a validade de tal declaração frente à legislação nacional ou mesmo ofensa ao ordenamento jurídico, e, com isso, estaríamos na verdade objetivando respeitar aquele que quando efetuou o documento e tinha consciência de suas necessidades, atender seu desejo com fito de respeitar sua dignidade enquanto ser humano pensante e sujeito de livre arbítrio para suas escolhas pessoais.

## **5. CONCLUSÃO**

Percebe-se com o presente artigo que os dois objetivos primordiais da declaração prévia de vontade do paciente terminal é garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade e proporcionar ao médico um respaldo para a tomada de decisões em situações conflitivas.

Embora nosso ordenamento jurídico não tenha uma previsão expressa quanto ao tema, pelo que foi possível observar, há respaldo legal para a legislação do assunto, pois não haveria nenhuma discrepância com os princípios básicos que ordenam nossas leis, e, não se poderia dizer que haveria algum impacto em face aos princípios de nossa cons-

tituição, pois ao contrário estaríamos sim a respeitar o princípio maior que seria o da dignidade da pessoa humana.

Se poderia questionar se essa afirmativa estaria correta, e, do nosso ponto de vista responderíamos que sim, pois sabe-se que todos os seres humanos têm direito de exigirem que respeitem sua vida, mas esse respeito “à vida”, significa que em situações como as previstas para a opção de utilização do testamento vital, estaríamos a respeitar o sentido de vida do paciente a partir de que só existe respeito à vida quando esta pode ser vivida com dignidade, e, em determinados casos devido ao estado de saúde do paciente, estaríamos a lhe retirar este resquício de dignidade.

Viver é estar diante da sociedade e poder participar da mesma em sua integralidade, e, se não podemos assim fazer, e, se anteriormente dentro de nossa capacidade de ser e de gerir nossa própria vida, escolhemos como queremos ver a mesma enfrentada com dignidade esta última disposição de vontade deve ser respeitada em sua totalidade, pois assim estaríamos respeitando a tão falada dignidade prevista em nossa Constituição.

Assim, nossos legisladores e doutrinadores deveriam analisar com um novo olhar e um maior amadurecimento às disposições necessárias para atendermos esse procedimento que já é aplicado em outros países que tem legislação civil próxima a nossa, pois o direito só atinge sua finalidade quando consegue atender aos anseios da sociedade de uma forma integral, ou próxima a isso, pois do contrário estaríamos a fugir do avanço de um dos princípios do direito que é o direito à vida digna.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAZIONE LUCACOSCIONI. Compila il tuo testamento biologico online. Roma, Itália. Disponível em: <https://www.associazionelucacoscioni.it/compila-il-tuo-testamento-biologico-online/>. Acesso em: 24/09/2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. **O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade**. Ciência & Saúde Coletiva. V. 18, n. 9, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia**. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21154:justica-valida](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida). Acesso em: 24/09/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE). Acesso em: 24/09/2017.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. Revista Bioética. Vol. 23. Nº. 2. Brasília. Maio/ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>. P. 463–476. Acesso em: 24/09/2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

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

DISTRITO FEDERAL. **Processo nº 2007.34.00.014809-3**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 25/09/2017.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos**. São Paulo: Ed. São Camilo / Ed. Loyola, 2007.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento Vital, o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009. Disponível em: [http://revis-tabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515](http://revis-tabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515). Acesso 25/09/2017.

PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?** São Paulo: Ed. São Camilo/Ed. Loyola, 2004.

PORTAL MÉDICO. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 21/09/2017.

RENTEV – Registro Nacional de testamento vital. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>. Acesso em: 22/09/2017.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em: 22/09/2017.

REPUBBLICA. **Biotestamento, Camera approva ddl. Deputati cattolici: "Decretata morte per fame e sete"**. Disponível em: [http://www.repubblica.it/cronaca/2017/04/20/news/biotestamento\\_voto\\_finale-163477977/](http://www.repubblica.it/cronaca/2017/04/20/news/biotestamento_voto_finale-163477977/). Acesso em: 24/09/2017.

ROHREGGER, Roberto. **Eutanásia, a dignidade da vida através da morte? O direito à autonomia na decisão do viver ou morrer**. Disponível em: <http://jorneb.pucpr.br/wp-content/uploads/sites/7/2015/07/EUTANASIA-A-DIGNIDADE-DA-VIDA-ATRAV%C3%89S-DA-MORTE.pdf>. Acesso em: 22/09/2017.

SANTOS, Daniel Abreu; ALMEIDA, Eduardo Robatto Plessim de; SILVA, Felipe Freire da; ANDRADE, Layo Henrique Carvalho; AZEVÊDO, Leandro Anton de; NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira. **Reflexões bioéticas sobre a eutanásia a partir de caso paradigmático**. Revista Bioética. Vol. 22. Nº. 2. Brasília. Maio/ago. 2014. P. 367-372. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/19.pdf>. Acesso em: 24/09/2017.

SÃO CAMILO, Centro Universitário. REVISTA BIOTHIK05. **Lei portuguesa sobre Diretivas Antecipadas de Vontade**. 2012; p. 356-359. Disponível: [https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/96/lei\\_portuguesa.pdf](https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/96/lei_portuguesa.pdf). Acesso em: 24/09/2017

SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de Inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 2012/1, n. 18, p. 205-220. Disponível em: < <http://bit.ly/2feeBDN> >. Acesso em 24/09/2017.

WOLF, Susan. *et at.* **Sources of Concern about the Patient Self-Determination Act**. Disponível em: <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM199112053252334>. Acesso em: 24/09/2017.

# INSPEÇÃO DO TRABALHO: MEDIDA DE PREVENÇÃO OU UM SINAL DE ALERTA

<sup>1</sup>Luciane Mara Correa Gomes

<sup>2</sup>Braulino da Silva e Santos

## RESUMO:

Os índices de acidentes de trabalho vão apontar para a existência de uma mazela que afeta sociedade e aponta para falhas estruturais na fiscalização estatal, bem como na desvirtuação do conceito qualidade de vida do trabalhador. Oportuno considerar que o problema evidenciado na análise das estatísticas do sinistro laboral é justamente a ausência de atribuição do adjetivo acidentário ao evento. Este ponto é essencial para definir a linha mestra, vez que este perfil é o eixo para identificar a responsabilidade dos agentes envolvidos. Especificamente pauta em pontuar o custo para o Estado de um acidentado com afastamento das atividades profissionais; indicar programas de políticas públicas destinados à conscientização da prevenção de acidentes e diagnosticar que o aumento de acidentes de trabalho está diretamente relacionado com o baixo quantitativo de fiscais do trabalho. O trabalho tem metodologia qualitativa, com métodos de pesquisa bibliográfica e documental, cuja matriz teórica multidisciplinar em Marx, Engels e Bourdieu, assim como em Canotilho, Sarlet e Nery, vindo a analisar a distribuição e situação de fiscais no país, comparando com as estatísticas de acidentes de trabalho.

## PALAVRAS-CHAVE:

Acidente de trabalho. Qualidade de vida. Fiscalização trabalhista.

---

1 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta. Endereço eletrônico: lucianemara@uol.com.br. Acesso currículo Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7142619530244859>

2 Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio Verde. Especialista em Direito civil pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. Advogado. Professor auxiliar do Centro Universitário Augusto Motta. Endereço Eletrônico: braulinoadv@bol.com.br. Acesso currículo Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/5186691601944202>.



## 1. INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho está cada vez mais envolto nas novas tecnologias e se adequando às inovações nas regras que vigem o direito laboral e o direito da Seguridade Social, a relativização de determinada cautelas, guia a conflitos de diversas ordens sempre recordando que as exigências do mercado não são compatíveis com a segurança mínima que deve ser oferecida ao obreiro no seu posto de trabalho. A pesquisa que aqui se propõe é desenhada pelo aumento no número de benefícios previdenciários concedidos a segurados que sofreram algum tipo de acidente no desempenho de suas atividades, para tanto é necessário avaliar a existência denexo de causalidade do afastamento com o labor. Neste estado, encontramos a legislação regulamentando não só a existência do benefício para garantir ao indivíduo a manutenção de sua subsistência enquanto afastado, mas também um encargo a ser suportado pelo Estado e partindo deste diagnóstico, surge a problemática analisada que é devido ao acidente sofrido pelo empregado no curso do seu contrato de trabalho. A legislação trabalhista assevera que deverá ser o posto de trabalho sujeito a fiscalização estatal para prevenção de danos a integridade física do trabalhador, além de outras exigências apontadas nas normas regulamentadoras dirigidas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego.

Esta pesquisa se justifica a partir do enquadramento da proteção do meio ambiente do trabalho como integração da Constituição com os indivíduos, uma vez que o meio laboral também é sustentável, quando não produz um custo social e econômico maior do que se possa suportar. É evidente que a limitação se fará apenas sob a ótica da proteção constitucional do meio ambiente do trabalho e da dignidade da pessoa humana, refletida na pessoa do trabalhador, como sujeito participativo da ordem democrática e como sujeito que não possa ser dissociado do núcleo social do qual integra.

Sendo a fiscalização realizada a cargo do Estado, o número de sinistros ao ser aumentado indica que há falha no ato administrativo responsável pela segurança dos obreiros, fazendo surgir o objetivo deste trabalho que é apontar as razões estruturantes para a falha no mecanismo de inspeção. Esta ruptura faz surgir dois argumentos dos quais se ocupa a proposta aqui deduzida, discorrer sobre o acidente de trabalho para eliminar dos parâmetros ofertados pelo legislador para concessão de benefícios securitários, como também avaliar a estrutura

competente para realizar os atos de vigilância e seu quadro de recursos humanos para averiguar a parcela de responsabilidade estatal.

É oportuno situar que não irá abarcar neste trabalho a responsabilidade do empregador com o fornecimento das condições mínimas de garantia do labor seguro nem o direito de regresso da Seguridade Social nas hipóteses de sinistro ocorrido por responsabilidade do empregador na concessão de equipamentos incapazes de minorar as agressões a integridade do trabalhador. Desta forma, os moldes da pesquisa se ocupam de linear o custo para o Estado deste trabalhador acidentado é tecer a conexão com a falta de fiscalização dos postos de trabalho como uma das hipóteses para o aumento nos índices de acidentes de trabalho. Noutro giro, como questão de política pública e inserção dos indivíduos numa democracia participativa, a realização de programas destinados a prevenção de acidentes de trabalho.

O trabalho adota metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa documental ao analisar o anuário Estatístico da Previdência Social, pontualmente na seção de acidentes de trabalho, bem como o Programa Trabalho Seguro do Tribunal Superior do Trabalho. Arregimentando o suporte teórico em Joaquim José Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Junior com a abordagem democrática e constitucional do tema acidente de trabalho, com recorte multidisciplinar em Karl Marx, Enrich Engels e Pierre Bourdieu para adentrar o conflito social aqui apresentado.

## **2. VALORAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL**

Deve-se, na medida do possível, adotar a cautela de não atribuir a questão da proteção do meio ambiente laboral um tratamento pervertido ao se pensar que no âmbito das relações individuais não se faz a vinculação das normas constitucionais que asseguram direitos, liberdade e garantias. Esta problemática foi observada por José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1268) ao interpretar o efeito externo dos direitos fundamentais, assevera que a expressão eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*), no sentido de que as entidades privadas devem respeitar, de forma direta e necessária, os direitos constitucionalmente garantidos.

Assim, quando se aborda a o direito à vida, inserido no contexto deste trabalho como sendo a preservação da vida do trabalhador no seu ambiente de trabalho, busca nas palavras de Ingo Sarlet uma expressão que dispensa outro posicionamento. “A vida – já por força do instinto de sobrevivência – sempre foi um bem caro para o ser humano, no contexto de sua organização social, política e jurídica (2014, p. 363).

A considerar que o trabalho é um direito social básico, importante destaque lhe é atribuído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos ao reconhecer ao trabalhador uma remuneração justa e satisfatória, mas que também abarca nesta normativa a noção de existência compatível com a dignidade humana. Não obstante este suporte, faz-se necessário remeter a questão da proteção ao ambiente laboral ao âmbito da Organização Internacional do Trabalho, que exerce, pela produção de normas, diretrizes que assegura ao obreiro condições mínimas de bem estar.

No que se destina a avaliar sobre a proteção constitucional do meio ambiente do trabalho, é importante compreender que a redação do inciso XXII do artigo 5º da Constituição da República nos assevera que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como a existência de seguro contra acidentes de trabalho, com a correspondente indenização, ambos listados no inciso XXVIII do artigo retro citado. Nesta linha de raciocínio, cumpre o seu papel manter um meio ambiente laboral seguro por ser essencial a proteção do valor da pessoa, enquanto obreiro. A Encíclica *Evangelium Vitae*, de João Paulo II recomenda que é papel da humanidade que cada homem é responsável um pelo outro, tendo sido agregado o valor da pessoa quando abordada na obra de Nelson Nery Junior ao tratar da dignidade da pessoa humana (2012, p. 185).

Deve-se considerar que a absorção do Direito do Trabalho no âmbito constitucional não foi operacionalizada de um momento para o outro sem o devido enfrentamento por ambos os lados da relação contratual na interferência do Estado, principalmente sob o manto da politização da questão social não ser um ato de convergência da estrutura capitalista pela socialista, mas sim um compromisso de estimular a realização de concessões e de participação da classe trabalhadora na edificação da vontade política do Estado (GOMES, 2007, p. 904).

Daí a observação de que o meio ambiente do trabalho é propício ao desenvolvimento de inúmeros problemas decorrentes da necessidade existente entre o aumento na produção e a busca constante por salários melhores. Esta posição é referendada por Eric J. Hobsbawm ao sinalizar estas evidências na relação de trabalho na iniciativa privada, refletindo até as sociedades hodiernas.

*O princípio básico da economia da iniciativa privado do século dezenove era comprar no mercado mais barato e vender no mais caro. Para o patrão, comprar a mão-de-obra no mercado mais barato significava comprá-la pela taxa mais baixa de unidade de produção, isto é, comprar a mão-de-obra no mercado mais barato significava comprá-la pela taxa mais baixa de unidade de produção, isto é, comprar a mão-de-obra mais barata da mais alta produtividade. Inversamente, para o trabalhador, vender o seu trabalho no mercado mais caro significava logicamente vendê-lo pelo preço mais alto pela produção unitária mínima. Obviamente era vantagem para o assentador de tijolos receber 7 d por uma hora, o que significava o assentamento de 50 tijolos em vez de 100. a situação ideal almejada pela economia clássica era aquela em que a taxa do salário era fixada exclusivamente através do mercado sem a intervenção da compulsão econômica de qualquer das partes. Para os patrões isto significa ter um exercito permanente de mão-de-obra de reserva de todos os graus necessários de habilitação para o emprego permanente dos trabalhadores, pleno ou melhor superpleno. Significava também que ambas as partes seriam atuadas por motivos de mercado: os patrões pela busca do mais alto lucro possível (o que significava o mais baixo custo possível da mão-de-obra), os trabalhadores pela busca do salário mais alto possível (o que significava sensibilidade completa aos incentivos salariais). (HOBBS-AWMM, 2012, p. 252-3).*

Ante ao que se apresentava, Ingo W. Sarlet (2007, p. 94) se mantém resolutivo quanto ao reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos sociais como resultado das reivindicações das classes trabalhadoras:

*(...) em virtude do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capi-*

*tal e trabalho, não raras vezes, resultando em condições de vida e trabalho manifestamente indignas, situação que, de resto, ainda hoje não foi superada em expressiva parte dos Estados que integram a comunidade internacional. Em verdade, cuida-se – em boa parte – de direitos fundamentais de liberdade e igualdade outorgados aos trabalhadores com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais apenas em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais, destacando-se, ainda, a circunstância de que o direito ao trabalho (e a um trabalho em condições dignas!) constitui um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana (...)*

Em adição ao que tudo que se arrolou, é plausível admitir que a garantia do meio ambiente laboral livre de riscos ao trabalhador é importante para o desenvolvimento integral do homem e também pode ser parte integrante do conceito de dignidade da pessoa humana, devendo o Direito se ocupar de seu estudo, sob o signo do princípio do desenvolvimento sustentável, pois é sustentáculo para a melhora na qualidade de vida sem causar necessariamente aumento na quantidade dos recursos consumidos, tal aporte teórico é encontrado no capítulo da Constituição que trata do meio ambiente, contudo no que concerne ao campo das organizações é plausível de adequação, haja vista que no ambiente obreiro o recurso que se consome é o humano, a mão-de-obra.

### **3. APONTAMENTOS SOBRE O ACIDENTE DE TRABALHO**

Evidente se torna rascunhar os eventos que são delineados pela legislação como acidentários para se definir a existência ou não de falha ou omissa estatal na fiscalização do meio ambiente laboral. Para tanto, faz-se necessário delinear que o Brasil adota um projeto de cidadania onde o Estado, em posição oposta a uma cidadania ativa e participativa, com o reconhecimento dos direitos elementares e básicos dos cidadãos, está sempre na posição de pai, postura assistencialista que é o grande impasse à maturação do processo democrático.

A previdência social por seu turno assume um posição de relevância dentro do texto brasileiro, ao ser alçada a condição de direito social, na Carta de 1988, requerendo uma proteção do homem com

dimensões universais e solidárias imanentes ao Direito Previdenciário, todavia a limitação do orçamento esbarra na garantia prestacional deste direito (TAVARES, 2012, p. 947). É certo que a posição de assegurar a dignidade da pessoa humana é preponderante no cenário nacional, não obstante o enfraquecimento do conceito de mínimo social que se faz ao longo dos anos, para sustentar a previdência fundamental e seus princípios de acordo com a urgência dos desvalidos.

Deve-se então fazer um aporte a sociologia para avaliar que a existência do campo do poder, na leitura de Pierre Bourdieu, é o espaço diferenciado dentro do qual os detentores de poderes diferentes lutam para que seu poder seja o poder legítimo. Devendo ainda ter a noção de que dentro do campo do poder está inserto o poder sobre o Estado como metapoder capaz de agir sobre os diferentes campos. E para exemplificar o autor assim se posiciona: “Uma mudança da idade da aposentadoria diz respeito a todos os campos: obter uma baixa universal da idade da aposentadoria, por exemplo, é uma das maneiras de resolver lutas internas de cada campo: é “Abrir lugar para os jovens!”, “Guerra à gerontocracia!”.” (2014, p. 407)

A partir desta disputa a respeito do poder de garantir ao meio ambiente do trabalho uma segurança capaz de não causar algum malefício ao obreiro é que se desdobra a conotação de bem estar do homem, conferindo o mesmo sentido pelo qual Espinosa ( 2012, p. 145) conclui que os homens produzem suas leis para o seu próprio bem-estar, a legislação que irá regular o acidente de trabalho está intrinsecamente vinculado ao labor exercido pelos segurados para a empresa, que venha a lhe causar lesão corporal ou perturbação funcional com evento morte, perda ou redução da capacidade para o trabalho.

Importa destacar que em caso de negligência na observância das normas relativas à segurança e higiene no trabalho, de forma individual ou coletiva, está a empresa causando dano à previdência, o que poderá ser passível de ação regressiva. No caso se o legislador adotou a cautela de garantir por normas de prevenção acidentária, a empresa deve cumprir a programação para minimizar os riscos decorrentes da execução e operação de produtos, uma vez que a lesão ao meio ambiente do trabalho é de interesse da coletividade. Lilian Castro de Souza (2011, p. 169) ressalta a responsabilidade do empregador e mais:

*que a norma estabelece a competência do Ministério do Trabalho para a fiscalização dos dispositivos (de preven-*

*ção), possibilitando o acompanhamento dos sindicatos e entidades representativas de classe. (...) estabelece que consiste em contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho.*

Neste ponto, cabe discutir a posição do empregado diante do sinistro laboral e da eventual falha no sistema de verificação pelo poder público das condições de meio ambiente do trabalho, por certo que a instituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho é um dos momentos de diálogo entre classe dominante e dominados, todavia, a ausência de paridade de armas para o enfrentamento irá ceifar as condições mínimas para a exigência das condições mínimas, esta posição é amparada no recorte de Eric J. Hobsbawm quando o mesmo faz a argumentação da capacidade de negociação de condições de trabalho existentes e a disposição entre empregados e empregadores:

*Como podiam os trabalhadores no começo da economia industrial decidir que salários e condições aceitar e que esforço aplicar ao seu trabalho, supondo que tivessem alguma escolha? Eles raramente nos disseram, de forma que somos forçados a conjeturar, baseados em parte na observação, e em parte na análise dos dados históricos dispersos.*

*Nenhum problema inicial de determinação do salário surgia para os não habilitados ou aqueles com oferta abundante. Eles tinham que aceitar um salário de subsistência (se fossem homens), ou um fixado de tal maneira simplesmente para atraí-los para longe do (digamos) trabalho rural. (As mulheres e as crianças naturalmente recebiam menos do que o da subsistência, mas já que a taxa deles era fixada normalmente em relação ao salário masculino, podemos desprezá-los). O fato de os salários da mão-de-obra não habilitada serem fixados nos custos de subsistência ou vem volta deles é esmagadoramente atestado pelos teóricos, industriais e historiadores. Podemos portanto tomar o salário de subsistência do trabalhador não habilitado ou abundante ou do trabalhador rural como ponto de referencia, em relação ao qual todos os outros graus fixavam suas próprias posições. (HOBBS-AWM, 2012, p.401).*

Isto se deve ao fato de que a proteção acidentária é pautada na teoria do risco social, ou seja, a lesão causada ao trabalhador num infortúnio laboral é suportada por todos – Estado e sociedade. Assim caberia a todos o melhor interesse no bom funcionamento dos postos de trabalho, tratando-se de uma reflexão sobre o estudo da sociedade, o que sob a visão de Pierre Bourdieu, ante as estruturas sociais existentes e o poder dos indivíduos nas relações do trabalho, importa em conscientizar a todos do seu papel no campo da sociedade.

*A sociedade – elabora uma frase cujo sujeito é “a sociedade” consiste em envolver-se em um contrassenso, mas sou obrigado a falar assim para avançar mais rapidamente – existe de duas maneiras: ela existe na objetividade, sob a forma de estruturas sociais, de mecanismos sociais – por exemplo, os mecanismos de recrutamento das grandes escolas, os mecanismos do mercado, etc. E ela existe também nos cérebros, nos indivíduos; a sociedade existe em estado individual, em estado incorporado; ou dito por outras palavras, o indivíduo biológico socializado é algo de social individualizado. (BOURDIEU; CHARTIER, 2012, p. 60).*

Diante do quadro que se propõe, o sinistro laboral não guarda relação com a contingência que se trata da previsibilidade do acontecimento, como ocorre nas demais prestações previdenciárias, a exemplo da aposentadoria. Os riscos envolvidos num acidente de trabalho afetam ao empregado, ao empresário e a sociedade. O desdobramento dos riscos foi objeto de análise de Wladimir Novaes Martinez (2005, p. 280) que apontou vários enquadramentos científicos, separando-o por grupos diferentes, classificando em cinco grandes domínios: natural; político; familiar; profissional e pessoal. Na hipótese do sinistro laboral, avalia-se que há influência nos três últimos domínios, visto que o reflexo do trabalho não está exclusivamente no campo profissional, haja vista a dependência econômica do trabalhador para com seu empregador.

É deveras importante salientar que a comunicação de acidente de trabalho é primordial para o regular funcionamento do sistema de prevenção a sinistros, pois o ente previdenciário ao receber a comunicação, através de mecanismos de cooperação integrados a outras instituições. Cabe ao ente previdenciário promover a avaliação de dados estatísticos e as informações obtidas será repassada a outros setores envolvidos na atenção à Saúde do trabalhador, como as delegacias regionais do



trabalho e a vigilância sanitária, com o fim de promover as verificações locais e eventualmente, se for o caso de negligência das Normas Regulamentadoras, da Portaria n. 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego referentes a segurança e higiene do trabalho, bem como a interposição de ação regressiva contra o responsável pelo acidente.

Este é um ponto basilar da pesquisa, pois a eliminação dos elementos causadores das doenças do trabalho deve ocupar o rol de ações do Estado, principalmente, pela Medicina do Trabalho, intervindo sobre o meio ambiente do trabalho, posto que a saúde ocupacional é objeto de atenção da Organização Mundial da Saúde e da Organização Internacional do Trabalho, para que o nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores se manter elevado, com fim de proteger contra os riscos resultantes de agentes novos à sua saúde. Estes riscos repercutem na qualidade de vida, compreendendo uma participação ativa dos trabalhadores, vez que estão na pauta de negociações coletivas de trabalho, no campo de atuação da CIPA e nas ações dos sindicatos.

As normas de proteção a saúde do trabalhador não devem ser mitigadas sob o ponto de vista da irrenunciabilidade e por integrar a esfera da proteção mínima da integridade física do trabalhador. É responsabilidade social e coletiva dos entes estatais envolvidos no processo do trabalho, compreendido aqui, como as várias ações destinadas ao regular desenvolvimento operacional, com o objetivo de se realizar determinada tarefa e sistêmico do campo das organizações, averiguar e fiscalizar os postos de trabalho. Hermida (2007, p. 133) cita dois trechos da obra de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, com o intuito de reforçar a característica de irrenunciabilidade das normas de proteção mínima à saúde do trabalhador e a visão da possibilidade de modificação dessas normas para melhorar a sua integridade.

*(...) quando o legislador se preocupa em garantir a segurança do trabalho e organiza um complexo sistema, permeado de obrigações a cargo dos empregadores, dos dirigentes e dos prepostos, não deixa de também instituir obrigações específicas impostas ao próprio trabalhador, sancionando-lhes penalmente a inobservância. Torna isto evidente que o legislador considera um preeminente, no plano geral e publicístico, o da integridade pessoal do trabalhador, e conseqüentemente da sua segurança e tende assim a colocá-lo ao abrigo de qualquer atentado, mesmo quando provenha da própria parte interessada.*

*(...) acham-se os trabalhadores em situação de debilidade econômica em face dos empregadores, que os leva a se submeterem às imposições destes, escudadas no seu poderio, o qual lhes permitiria fazer valer no contrato de trabalho a lei do mais forte se não houvesse um sistema normativo destinado a corrigir tais desigualdades com a criação de outras desigualdades (...). Com esse propósito foram editadas as chamadas leis trabalhistas, decorrentes da necessidade de ordem pública de reequilibrar a posição das partes na relação de emprego, armando o trabalhador daquela superioridade jurídica (...) capaz de compensar a sua inferioridade econômica e hierárquica. Tal sistema normativo, que não é senão o Direito do Trabalho, dota o empregado de direitos que, indisponíveis e inderrogáveis pelas partes, salvo se para melhorar a condição do trabalhador, são irrenunciáveis por este.*

Neste contexto, é seguro asseverar que o Estado se queda inerte no que tange a assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, uma vez que inseriu na Constituição este comando, deveria, ao menos, cumprir a promessa de proteção do direito à vida na relação de trabalho. Não obstante ao que se regula, é evidente pela análise do Programa de Trabalho Seguro que há uma política pública para conscientização da classe trabalhadora, movimentos sociais e sindicais, como também empresários para adoção de cuidados mínimos com a saúde do trabalhador, porém, ao se contrastar com as estatísticas do ente previdenciário, há uma falha, visto que há um aumento na concessão de benefícios acidentários. Noutro pólo, o número de servidores a desempenhar a função está longe do que se almeja, situações estas que contribuem para o quadro que se encontra e aponta para uma falha estatal na proteção mínima a integridade física do trabalhador, da qual se ocupará a próxima etapa desta pesquisa.

#### **4. A ATUAÇÃO DO FISCAL DO TRABALHO**

Pelo acordo de cooperação técnica, o Ministério da Previdência Social, por meio de política nacional de segurança e saúde no trabalho, desenvolveu o boletim sobre benefícios com base no Fator Acidentário de Prevenção. Esta análise é deduzida a partir dos acidentes e doenças do trabalho, onde os dados são gerados por meio do Sistema único de

Benefícios, que fornece os registros de benefícios concedidos com base no Número de identificação do Trabalhador (NIT), oriundos do cadastro do PIS ou do PASEP, que passa a gerar um número de benefício (NB) quando do seu pagamento.

O Cadastro Nacional de informações Sociais controla a informação de todos os segurados, bem como o registro de dados empregatícios que são utilizados para o cálculo do referido fator acidentário, isto se deve pela informação prestada pelo empregador no momento da comunicação do sinistro. Assim, foi mapeado pelo estudo, o total de 5.211.635 (cinco milhões, duzentas e onze mil, seiscentas e trinta e cinco) empresas no país e que empregam 42.779.928 (quarenta e dois milhões, setecentos e setenta e nove mil, novecentos e vinte e oito) empregados. Sem avaliar a incidência de outros benefícios que importam no evento morte, redução ou perda da capacidade laboral, implica apontar que há necessidade de incentivar o meio ambiente do trabalho saudável na agenda do empregador brasileiro, uma vez que o cenário da acidentalidade no país aponta na carência do controle.

Outro quadro que urge relatar é fornecido pelo Programa Trabalho Seguro, onde o levantamento é subsidiado pelo DATAPREV e a quantidade de acidentes de trabalho no período de 2011 é de 543.889 (quinhentos e quarenta e três mil, oitocentos e oitenta e nove) acidentes com a expedição do documento comunicação de acidente de trabalho. Todavia, é importante destacar que 176.740 (cento e setenta e seis mil, setecentos e quarenta) sinistros não tiveram a expedição da guia, totalizando 720.629 (setecentos e vinte mil, seiscentos e vinte e nove) acidentes. Para o ano de 2012, este número aumenta para 548.222 (quinhentos e quarenta e oito mil, duzentos e vinte e dois) sinistros com expedição da comunicação de acidente de trabalho em oposição aos 167.762 (cento e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois) acidentes sem a expedição da guia, num conjunto de 717.911 (setecentos e dezessete mil, novecentos e onze) acidentes ocorridos.

Contrastando esta estatística com o boletim gerado pelo Ministério da Previdência Social foram 276.263,5 acidentes em média para o período 2012-2013, onde apenas se afere os benefícios concedidos por auxílio doença acidentário. Estes indicativos suscitaram a justificativa desta pesquisa uma vez que a cooperação técnica é conjunta entre Ministério da Previdência Social, Instituto Nacional da Seguridade Social e Ministério Público do Trabalho, haveria conexão na apuração do nú-

mero crescente de sinistros. De outra ponta, o Poder Judiciário também realiza busca por informações relativas a concessões de benefícios acidentários por empresas, o que leva a procura da sua origem. Se o objetivo é minorar os impactos do meio ambiente laboral sob o homem faz urgente tratar o problema na nascente, ou seja, preventivamente cuidar de locais possíveis de nocividade à integridade física de trabalhadores como meta à redução dos acidentes.

Assim, quando os postos de trabalho são alvo de medidas assecuratórias, a probabilidade de sinistros que causem o afastamento é menor. Nesta senda para o Estado é mais vantajoso reduzir a incidência de benefícios concedidos quando incentivada política pública de prevenção com a correspondente fiscalização. Para Jediael Galvão Miranda (2007, p. 238), a prevenção de acidentes do trabalho constitui matéria correlata ao direito do trabalho, precisando do recorte transdisciplinar para identificar os mecanismos preventivos. Para o autor a Consolidação das Leis Trabalhistas aponta um rol de atitudes:

*(...) a) obrigação da empresa de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como dever de instruir os empregados, através de ordens de serviço, quantos à precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais (art. 157); b) proibição do início das atividades da empresa sem prévia inspeção e liberação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho (art. 160); c) obrigação do empregador de manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho (art. 162); d) obrigação de constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimento ou locais de obra nelas específicas (art. 162); e) fornecimento obrigatório pela empresa aos seus empregados, gratuitamente, de equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados (art. 166); f) as máquinas e os equipamentos deverão ser dotados de dispositivos de partida e parada, bem como outros que se fizerem necessários para a prevenção de*

*infortúnios laborais (art. 184); g) obrigação do empregado de observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções expedidas pelo empregador, sob pena de incorrer em ato faltoso em caso de recusa injustificada (art. 158).*

Oportuno se faz analisar o Regulamento da Inspeção do Trabalho, regulamentado através do Decreto n. 4.551, de 27 de dezembro de 2002, no que tange as competências do auditor fiscal do trabalho, cuja atuação se faz em toda extensão territorial do país, como verificar o cumprimento das normas relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego. Cabendo a este servidor orientar, informar e elaborar conselhos técnicos no âmbito obreiro, averiguar situações de risco potencial de gerar doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, determinando medidas preventivas necessário, indicando a adoção imediata se houver riscos a segurança e saúde do trabalhador e cabendo a investigação das causas acidentárias e doenças ocupacionais.

Desta forma, o que se aponta é a existência de um número muito inferior a extensão territorial brasileira, já que há 2.850 (dois mil, oitocentos e cinqüenta) auditores fiscais do trabalho na ativa. Para o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalhador, o número adequado para atender as metas estabelecidas pelo Ministério do trabalho é de 6.672 (seis mil, seiscentos e setenta e dois) servidores, a partir do levantamento feito no ano de 2014. O reflexo deste quantitativo de recursos humanos é evidente nos resultados apresentados na Portaria n. 98, de 20 de janeiro de 2015, onde foram feitos 122.095 (cento e vinte e dois mil e noventa e cinco) atos de inspeção em Segurança e Saúde ao trabalho e 2.204 (duas mil, duzentas e quatro) análises de acidentes de trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

Dentro de tudo que se observou, pelos índices de acidentes de trabalho apontados na pesquisa, é evidente que, em diversas ocasiões, os sinsitros não são caracterizados pelas empresas, o que por si só já é nefasto para o trabalhador. Noutra giro, o Estado ao deixar de adotar políticas públicas para a salvaguarda das obrigações estatais, contribui para um número cada vez mais alarmante já que o infortúnio laboral infere efetivamente no desenvolvimento das atividades empresarias, dificultando ainda a organização do trabalho, na busca da preservação do meio ambiente do trabalho. É possível diagnosticar que a absorção dos acidentados pelo Estado implica no gasto com o pagamento de benefícios previdenciários, mas que poderiam ser relativizados quando da incorporação de dinâmicas voltadas para a segurança do trabalho, conceito estritamente vinculado ao bem estar do indivíduo e da sociedade.

É oportuno salientar que além de se tratar de uma questão de responsabilização, como meio de penalizar o empresário, isto se deve ao fato de que a visão obtida é que, diante do ambiente laboral, a pluralidade de indivíduos reunidos está posta em um amontoado de corpos, sendo todos envoltos num sistema que congrega uma gama de ciências reunidas nesta efervescência humanística. Esta cultura massificada ou sacrificante transforma o colaborador em um número inserido naquele organismo, muitas vezes sem considerar os reflexos que se operam nas demais ciências.

Para integrar os interesses envolvidos neste campo, considerando as diretrizes impostas pelos padrões econômicos, não se deve mitigar as garantias inseridas pelo ordenamento jurídico, principalmente, no que diz respeito à proteção ao meio ambiente do trabalho, sem sopesar que nesta equação todos agentes sociais envolvidos serão prejudicados pela insegurança, banalizando aquilo que de mais perverso existe no ambiente laboral. Posição onde o Estado como regulador das condições de seus administrados deveria atuar, deveria se mobilizar, poderia ser mais eficiente para os milhões de trabalhadores expostos.

## REFERÊNCIAS

<http://www.abpa.org.br/noticias/134-sinait-denuncia-governo-brasileiro-junto-a-oit-por-falta-de-auditores>. Acesso em 08.mai.2017.

BOURDIEU, Pierre. CHARTIER, Roger. **O sociólogo e o historiador**. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira com a colaboração de Jaime A. Clasen. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Autentica, 2012.

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/04/fiscalizacao-d0-mte-protége-3-milhoes-de-trabalhadores-em-2015>. Acesso em 08.mai.2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Programa Trabalho Seguro. Disponível em <http://tst.jus.br/web/trabalhoseguro/resolucao>. Acesso em 01.novembro.2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

ESPINOSA, Baruch de. **Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem-estar**. Prefácio Marilena Chauí. Introdução Emanuel Ângelo da Rocha Fragoso. Erika Marie Itokazu; tradução e notas Emanuel Ângelo da Rocha Fragoso, Luis Cesar Guimarães Oliva. Belo Horizonte: autentica. 2012.

GOMES, Fabio Rodrigues. **Constitucionalização do Direito do Trabalho: a crônica de um encontro anunciado**. In SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (Coord). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 901-936.

HERMINA, Denis Domingues. **As normas de proteção mínima da integridade física do trabalhador e a sua proteção nos direitos individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr. 2007.

HOBSBAWM, Eric J. **Os Trabalhadores. Estudos sobre a História do Operariado**. Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiro. 4ª. reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Luta de classes na Rússia**. Organização Michael Lowy; tradução Nélio Schneider. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 3ª edição, 2005.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infelizmente, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2013-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2013/aeps-2013-secao-iv-acidentes-do-trabalho/aeps-2013-secao-iv-acidentes-do-trabalho-tabelas/>. Acesso em 08.mai.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª. Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Lilian Castro de. **Direito Previdenciário**. 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **A constitucionalização do Direito Previdenciário**. In SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (Coord). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 937-960.

<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/outrosAssuntos/bolquadi14.12.15.pdf>. Acesso em 08.mai.2017.





# MUDANÇAS NO RITO ESPECIAL DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

<sup>1</sup>Beatriz Oliveira Custódio

<sup>1</sup>Maria Clara Moura Santos

<sup>1</sup>Maria Eduarda Rezende Aguiar

<sup>2</sup>Matheus Vidal Gomes Monteiro

## RESUMO:

O presente estudo trata da análise das principais mudanças ocorridas no rito especial do direito alimentício. Tais modificações ocorreram devido à busca por maior fidelidade aos princípios da celeridade processual e da efetividade. A Lei de Alimentos (5.478/1968) sofreu profundas modificações a partir da instituição do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC). Dentre as principais, pode-se citar o artigo 529, §3º do NCPC, relacionado aos descontos dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada; o artigo 833, §2º NCPC, que modifica o rol de bens impenhoráveis previstos no artigo 833; e a discutida questão da prisão em regime fechado, disposto no artigo 528, §4º.

## PALAVRAS CHAVE:

Execução. Alimentos. Novo CPC. Penhora.

---

1 Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS), Polo Universitário Volta Redonda – RJ (PUVR).

2 Pós-Graduado em Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito Empresarial (UVA). Mestre em Direito (UNISAL), Doutor em Direito (UNESA). Professor Assistente do Departamento de Direito (VDI) do Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar algumas alterações do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em especial aquelas que tiveram maior relevância na legislação referente ao rito especial da execução de alimentos. Buscou-se realizar uma análise dos artigos considerados mais importantes, no que tange às mudanças relacionadas à percepção da prestação alimentícia no NCPC. A primeira grande característica do CPC/2015 é a evidente busca por respeito ao princípio da eficiência e da celeridade processual. Dessa forma, destaca-se a maior importância dada a mecanismos extrajudiciais anteriores à formação de litígios que eventualmente atrasariam a prestação da tutela jurisdicional. Esse fator também aproxima a realidade da execução em análise dos objetivos primordiais da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68): tornar simples e célere o processo para a percepção da prestação alimentícia.

Como será explorado neste breve estudo, na hipótese em que um credor disponha de um título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, a execução da dívida poderá ser efetuada pelo comumente denominado “rito da prisão”, ou “rito da coação pessoal” (arts. 528 e 911, CPC/2015) (DIAS, 2015), ou pelo rito previsto de forma comum para as obrigações de pagamento de quantia certa, denominado de “rito da expropriação” (arts. 528 §8º e 530, CPC/2015) (DIAS, 2015), além da possibilidade de desconto na folha de pagamento do devedor (arts. 529 e 912, CPC/2015), método peculiar de satisfação para prestação de alimentos.

Podemos também afirmar, inicialmente, que um contraste existe entre os dois Códigos de Processo Civil, pois o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) não se pronunciava expressamente a respeito da possibilidade da execução fincada em título extrajudicial contendo obrigação de prestar alimentos. Contudo, já havia inúmeras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais corrigindo essa questão do CPC/1973. Ponto este que o CPC/2015 tratou por positivar e finalizar qualquer retorno a debate jurídico (MACEDO, 2016).

Vale ressaltar, em vista de facilitar o entendimento das seguintes abordagens, que a execução de alimentos pode ser feita, no CPC/2015: pela utilização de um título executivo extrajudicial, mediante processo autônomo de execução utilizando-se o rito da prisão (art. 911); pela utilização de um título executivo extrajudicial, mediante processo autônomo de execução utilizando-se o rito da expropriação (art. 913); pela utilização de um título executivo judicial, mediante o cumprimento de

sentença como uma nova fase processual, utilizando-se o rito da prisão (art. 528); ou, por fim, pela utilização de um título executivo judicial, mediante o cumprimento de sentença como uma nova fase processual, utilizando-se o rito de expropriação (art. 530 e 831 e seguintes) (DIAS, 2015).

Muitas mudanças ocorreram nos temas que dizem respeito aos eixos tratados no trabalho. Porém, a presente pesquisa não pretende comentar todas as divergências, tampouco abordar os pormenores da execução de alimentos. Ao invés disso, buscou-se destinar atenção às alterações quanto à execução de dívida alimentícia; como, por exemplo: as novas hipóteses de penhorabilidade diante de uma dívida alimentícia, ou o fato de haver sido positivada a prisão em regime fechado para devedor de pensão alimentícia.

Adiante, trataremos separadamente dos tópicos eleitos a serem abordados.

## **2. DO DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO**

Na execução civil, a escolha do rito destinado ao cumprimento da obrigação, seja em cumprimento de sentença ou em processo autônomo, deve ser da vontade do credor exequente. Assim, nesse primeiro tópico, será abordado o desconto em folha de pagamento de prestação de alimentos na execução por sub-rogação e as suas mudanças com a entrada em vigor do NCPC.

O pagamento de alimentos tem um caráter especial por sua natureza emergencial e indispensável. Eles consistem na prestação voltada à satisfação das necessidades básicas e vitais daquele que não pode custeá-las (DIDIER JR et. al, 2017). Encontra-se disposto no caput do art. 529, e no art. 912 do NCPC, nova possibilidade de busca da satisfação dos débitos alimentares a partir do desconto em folha de pagamento quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa. Ainda no art. 529, em seu §1º, encontra-se disposto que assim que a decisão for proferida deve-se oficiar ao terceiro pagador determinando assim o desconto das parcelas alimentares em folha, sob crime de desobediência (NEVES, 2016).

A sub-rogação é uma forma de facilitar a cobrança dos alimentos do devedor sendo o débito pago diretamente do terceiro pagador ao

exequente. Anteriormente ao NCPC, no art. 16 da Lei de Alimentos, que se remetia ao art. 734 do CPC/1973, encontrava-se disposto a possibilidade do pagamento da pensão alimentícia através do desconto em folha. Neste artigo, porém, não se falava em desconto de alimentos vencidos (vejamos: art. 734, CPC/1973: “Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia”), ou seja, tal dispositivo não trazia a possibilidade de que, se houvesse débito a ser pago, o magistrado pudesse ordenar o desconto em folha dos alimentos vencidos de uma única vez ou parceladamente. Todavia, essa possibilidade tornou-se jurisprudencialmente aceita<sup>3</sup> por se entender que a natureza de crédito alimentar dos alimentos vencidos e vincendos é a mesma e a lei não os distinguiria.

Ademais, registre-se também, que a Lei de Alimentos e o CPC/1973 não previam um limite para o desconto em folha. O NCPC, inovando, trouxe a possibilidade de se descontar em folha de pagamento os alimentos vencidos e vincendos, registrando que tal possibilidade deve respeitar o limite de 50% (cinquenta por cento) dos ganhos líquidos do executado (art. 529, § 3º, NCPC). Conforme se nota, a intenção dessa positivação deu-se para que não se ocorra abuso na cobrança das prestações alimentícias, respeitando, poderíamos dizer, em última *ratio* o princípio da dignidade humana (DIDIER JR. et. al, 2017).

Trata-se, portanto, de inovação de extrema importância para a satisfação do credor de prestações alimentícias, proporcionando-lhe, não apenas o recebimento presente/futuro das prestações, mas também, grande reforço à satisfação dos valores referentes às prestações que se tornaram vencidas.

### **3. PRISÃO NO REGIME FECHADO**

O NCPC traz outra importante alteração em relação ao antigo diploma, encontrada no §1º de artigo 528. Segundo tal dispositivo, se o executado não pagar o débito ou apresentar uma justificativa que não seja aceita, o juiz mandará não só protestar o pronunciamento judicial,

---

3 V. por exemplo: Agravo de Instrumento 218920 SC 2003.021892-0, TJSC, 23-06-2007; Agravo de Instrumento Nº 385776720088190000 RJ 0038577, TJRJ, 01-12-2009; REsp 254047/SP 03-08-2000.

como decretará a prisão do executado pelo prazo de um a três meses, conforme §3º do mesmo artigo.

No CPC/1973 não estava positivado o regime fechado para a prisão civil descrita acima, diferentemente do NCPC, em seu artigo 528, §4º. O professor Luiz Dellore (2015), em seu artigo sobre o tema, aborda que as discussões durante a tramitação do NCPC no Congresso Nacional chegaram a prever a possibilidade do regime tornar-se semiaberto, o que daria a possibilidade ao executado de trabalhar durante o dia e constituir o dinheiro da dívida de forma mais rápida. Com isso, o executado seria beneficiado e sua obrigação teria o adimplemento “facilitado”, o que lhe causaria menos temor em relação ao descumprimento de obrigação alimentícia, diminuindo cada vez mais o caráter coercitivo da prisão (DELLORE, 2015).

Diante de tal discussão, já é possível encontrar julgados mantendo a proposta trazida pelo NCPC, ou seja, mantendo o regime inicialmente fechado.

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. REGIME DE CUMPRIMENTO. FECHADO. MANUTENÇÃO. O NCPC, em seu art. 528, § 4º, dispõe que a prisão civil será cumprida em regime fechado, não havendo que se cogitar de cumprimento em regime aberto. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70074887589, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2017).*

Julgados mais recentes também confirmam o regime fechado para cumprimento da prisão do alimentante, sem a possibilidade de regime aberto.

*AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. REGIME DE CUMPRIMENTO. FECHADO. MANUTENÇÃO. O NCPC, em seu art. 528, § 4º, dispõe que a prisão civil será cumprida em regime fechado, não havendo que se cogitar de cumprimento em regime aberto. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70074970740, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 05/10/2017).*

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. PREJUÍZO DEFENSIVO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DISCUSSÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. DESCABIMENTO. REGIME DE CUMPRIMENTO. MANUTENÇÃO.*

*1. Na espécie, considerando que existência do débito alimentar é fato incontroverso, não há falar em prejuízo defensivo decorrente da ausência de intimação da Defensoria Pública acerca da rejeição da justificativa e decretação da prisão civil.*

*2. O habeas corpus, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF, deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. 2. Na espécie, não havendo adminículo algum de prova a indicar que o decreto prisional por débito alimentar é ilegal, uma vez que existência do débito alimentar não é questionada, deve ser indeferida a ordem pleiteada.*

*3. A pretensão do executado, de discutir o binômio necessidade/possibilidade, reclama ampla dilação probatória, na competente seara revisional, o que é inadmissível em sede de execução.*

*4. O NCPC, em seu art. 528, § 4º, dispõe que a prisão civil será cumprida em regime fechado, com o que não há falar em cumprimento em regime menos gravoso. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074108978, Oitava... Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/09/2017).*

Acompanhando o outro entendimento, a discussão que existiu durante a tramitação do NCPC sobre a possibilidade do regime semiaberto foi também recepcionada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), que em alguns julgados concedeu parcialmente a ordem à mudança do regime fechado para o regime aberto, possibilitando o alimentante a exercer atividade laboral:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL DECRETADA EM REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGI-*

ME DE PRISÃO APLICADO. CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.

*A segregação decorrente do inadimplemento de obrigação de alimentos deve ser cumprida em regime aberto, conforme recomenda a Circular nº 21/93 da Corregedoria-Geral da Justiça, a fim de permitir ao alimentante o exercício de atividade laboral. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70073849119, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/07/2017).*

Em outro julgado também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRJ), dá-se permanência ao regime aberto, anteriormente decretado:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INADIMPLEMENTO RECONHECIDO. DISCUSSÃO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. MANUTENÇÃO.*

*1. O habeas corpus, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF, deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

*2. Na espécie, não há adminículo algum de prova a indicar que o decreto prisional por débito alimentar seja ilegal, visto que o inadimplemento da obrigação alimentar é fato incontroverso, sendo inadmissível em sede de execução a pretensão de discutir o binômio necessidade/possibilidade, o que reclama ampla dilação probatória, na competente seara revisional.*

*3. Embora o novo CPC, em seu art. 528, § 4º, dispõe que a prisão civil será cumprida em regime fechado, estando o paciente já cumprindo a prisão em regime aberto, assim deve permanecer. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70069896041, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 13/06/2016).*

*Uma peculiaridade em relação ao regime fechado diz respeito à cela. O executado, conforme disposição legal*



*do artigo 528, §4º, deverá estar separado dos presos comuns, devido a sua não periculosidade perante à sociedade. No entanto, outra discussão que deverá surgir é a constatação se tal regra é (será) de fato cumprida. Cabe salientar, também, que o cumprimento da pena não será capaz de eximir o executado de pagar o débito, em parcelas vencidas e vincendas. A partir do momento em que for paga a prestação alimentícia, é previsto no §6º do art. 528 (NCPC) que será suspenso o cumprimento da ordem de prisão.*

Considera-se a prisão civil na execução de alimentos uma forma de pressão ao devedor, um meio coercitivo, não tendo caráter punitivo ou satisfativo (daí, Dias (2015) utilizar a nomenclatura de “rito de coação”, como dito anteriormente), visto que o devedor será solto assim que quitar seu débito através de um alvará de soltura, ou a ordem de prisão será suspensa, quando este ainda não tiver sido preso (NEVES, 2016).

Em relação ao supracitado prazo de um a três meses, surge a divergência do NCPC em relação à Lei de Alimentos, a qual determina a prisão com prazo máximo de sessenta dias (artigo 19, caput). Para tal divergência, existem três entendimentos apontados por Neves (2016): o primeiro diz que a execução de alimentos provisionais seria de um a três meses e de alimentos definitivos, no máximo 60 dias; o segundo acata totalmente o disposto no NCPC, qual seja, de um a três meses, e o último entendimento acata totalmente a Lei de Alimentos, até sessenta dias. Esperava-se que o NCPC pudesse suprir essa divergência já existente desde o antigo diploma. No entanto, não foi o que ocorreu, trazendo diversas dúvidas e discussões acerca do tema (NEVES, 2016).

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila o seguinte julgado, o qual alude à ilegalidade do prazo de noventa dias. Neste caso, a ordem concedida pelo relator considerou o prazo máximo de 60 dias, conforme disposições da Lei de Alimentos:

*HABEAS CORPUS - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PRISÃO CIVIL - PRAZO DE 90 DIAS - INOBSERVÂNCIA DA LEI N. 5.478/68 - PREVALÊNCIA DA NORMAL ESPECIAL - ADEQUAÇÃO DO PRAZO - PRECEDENTES DESTA CORTE - ILEGALIDADE DA MEDIDA - ORDEM CONCEDIDA.*

*O habeas corpus é um remédio constitucional voltado à salvaguarda da liberdade de locomoção do cidadão, que deve ser utilizado caso aferida a ilegalidade ou o abuso de poder em medidas que impeçam o direito de ir e vir. 2 Com fulcro no o princípio da especialidade deve ser observada a prevalência da lei especial sobre a geral, ainda que esta seja mais recente, razão pela qual é aplicado o prazo disposto no art. 19 da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), limitando-se a segregação do alimentante ao prazo de 60 (sessenta) dias. (TJ-SC - HC: 00010096120178240000 Bom Retiro 0001009-61.2017.8.24.0000, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 25/07/2017, Quinta Câmara de Direito Civil).*

Também no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, concebeu-se o prazo de no máximo 60 dias, conforme a referida Lei:

*HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR DETERMINADA PELO PRAZO DE NOVENTA DIAS, COM FULCRO NO ART. 528, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SUSTENTADA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. PRETENDIDA REDUÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE RECOLHIMENTO PARA SESENTA DIAS, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PROCEDÊNCIA. ANTINOMIA APARENTE ENTRE OS ARTS. 528, § 3º, DO CPC/15 E 19, DA LEI N. 5.478/68 (LEI DE ALIMENTOS), QUE DEVE SER SOLUCIONADA COM BASE NO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. CONFIRMADA A LIMINAR CONCEDIDA. IMPETRANTE JÁ EM LIBERDADE. REMÉDIO CONSTITUCIONAL PREJUDICADO.*

*É ilegal a determinação de prisão do devedor de alimentos por prazo superior aos sessenta dias previsto no art. 19, da Lei n. 5.478/68, dispositivo que, pelo critério da especialidade, deve prevalecer sobre o prazo previsto no art. 528, § 3º, do CPC. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Habeas Corpus (Cível): HC 00004431520178240000 Araranguá 0000443-15.2017.8.24.0000, Relator: ANDRÉ CARVALHO, Data de Julgamento: 01/06/2017, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL).*

Ainda acerca de tal divergência, pode-se citar o entendimento baseado no artigo 528, §3º do NCP, consolidado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), contribuindo ainda mais com os questionamentos acerca do tema:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. HABEAS CORPUS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. CELEBRAÇÃO DE ACORDO. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO CIVIL. ARTS. 5º, LXVII CF/88 E 528 NOVO CPC. POSSIBILIDADE.

*A decretação da prisão civil do devedor é ato excepcional, por se tratar de restrição ao direito fundamental de liberdade de ir e vir, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII. A execução de alimentos, pelo rito da coerção pessoal, prevista no art. 733 do CPC/1973, atualmente no art. 528 do NCPC, detém como pressuposto a atualidade do débito alimentar, ou seja, deve abranger as três parcelas imediatamente anteriores ao ajuizamento da execução, bem como aquelas que se vencerem no curso da demanda. Nos termos do art. 528, § 2º e 3º, somente mediante comprovação de impossibilidade absoluta de pagar os alimentos é que pode ser justificado o inadimplemento do alimentante. Não apresentada tal justificativa, o juiz decretar-lhe-á a prisão de 1 (um) a 3 (três) meses. Constatado que o ato impugnado se reveste de legalidade, diante da contumaz inadimplência do devedor, impõe-se que a decisão da sua prisão civil seja mantida. Recurso conhecido e improvido. (TJ-DF 20160020180105 - Segredo de Justiça 0019584-28.2016.8.07.0000, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Data de Julgamento: 27/07/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 02/08/2016. Pág.: 386/446).*

Outra jurisprudência destaca o entendimento do NCPC, não sendo aplicado o prazo da Lei de Alimentos à controvérsia processual:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPROCEDENTE. PRAZO MÁXIMO. TRÊS MESES. CABÍVEL. REITERADO DESCUMPRIMENTO. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 19 DA LEI DE ALIMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.*

*1. O artigo 528, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil prevê o prazo de um a três meses para prisões civis por inadimplemento de prestação alimentar.*

*2. Ausente irregularidade em relação à fundamentação da decisão agravada, porquanto o Magistrado a quo descreveu as peculiaridades do caso concreto responsáveis pela fixação do prazo de três meses para a prisão civil.*

*3. Em se tratando de reiterado descumprimento da obrigação alimentar, em Execução cuja tramitação já ocorre há anos sem qualquer pagamento ou justificativa, é cabível a fixação, em mandado prisional, do prazo máximo previsto pelo Código de Processo Civil.*

*4. O artigo 19 da Lei nº 5.478/1968 não deve ser aplicado à controvérsia processual, em razão de revogação tácita operada pelo critério da cronologia. Lei de Introdução ao Código Civil.*

*5. Agravo conhecido e desprovido.*

*(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 07047435020178070000 - Segredo de Justiça 0704743-50.2017.8.07.0000, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª TURMA CÍVEL, Data da Publicação: 13/07/2017).*

A prisão civil somente será admitida quando referente às três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Logo, a prisão só se exclui a partir do momento que houver o pagamento integral da dívida, sendo as três anteriores mais as vencidas durante o processo (art. 528, §7º).

Assim, percebe-se que o NCPC se tornou mais rígido em relação ao executado, visto que este terá de provar de todas as formas a impossibilidade de cumprimento da obrigação, não deixando espaços para que ele se recuse ou demore demais a adimplir o débito, sob pena de prisão (COLLA, 2016).

No entanto, devido ao curto período em vigor do NCPC, ainda existem questões controvertidas, as quais estão sendo monitoradas pela dogmática jurídica processual, a fim de serem pacificadas tanto em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

## **4. DAS MUDANÇAS RELATIVAS À PENHORA**

Logo no caput do art. 833 do NCPC, já se percebe uma mudança com a retirada do termo “absolutamente” ao estabelecer o rol de bens impenhoráveis. Desde sua redação anterior no CPC/1973, já se percebia que não se tratava de impenhorabilidade absoluta, já que, na leitura do antigo art. 649 (CPC/1973), notávamos que nos diversos casos, o próprio inciso que previa a impenhorabilidade também trazia exceção autorizando a penhora no determinado caso (MARTINS, 2016). Portanto, correta a supressão do termo.

O art. 833 do NCPC, em seu §2º, traz importantes mudanças para o rol de bens impenhoráveis, já que impõe exceções à regra da impenhorabilidade. São elas: permissão da penhora da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta salários-mínimos; e, nos casos em que a renda seja superior a 50 salários mínimos.

Quanto a essa última exceção, é válido ressaltar que sua aplicação independe da natureza da origem dos alimentos que devem ser prestados e pode ser válida em casos de matrimônios, união estável, verbas trabalhistas ou também decorrentes de indenização por ato ilícito.

Portanto, o que o §2º traz de inovador é: a inclusão da exceção do inciso X (situação envolvendo a conta poupança); a exceção de impenhorabilidade das importâncias que excedem cinquenta salários mínimos mensais (independente da natureza da quantia objeto da prestação), e, além disso, faz referência à obediência dos dispositivos: art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º, do atual Código de Processo Civil. Adiante abordaremos sobre tais alterações.

### **4.1 Observações sobre as exceções previstas nos incisos IV e X do art. 833, nas execuções de alimentos**

No rol do art. 833 do NCPC figuram como impenhoráveis os mesmos bens que apareciam no CPC/1973. Contudo, a diferença reside no §2º que faz referência a dois incisos deste rol, qualificando-os como exceções. O inciso IV, que estabelece a impenhorabilidade dos vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador au-

tônomo e os honorários de profissional liberal, também já era previsto no CPC/1973. Porém, por sua vez, ao invés de já ressaltar as hipóteses excepcionais do §2º, ressaltava o §3º, que foi vetado e trazia a seguinte redação: “§ 3º. Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.”. Quanto ao inciso X, sua excepcionalidade no caso de prestação alimentícia retira do rol de impenhorabilidade a quantia depositada em caderneta de poupança desde que seu valor seja de até quarenta salários mínimos.

Houve quem se utilizasse da conta poupança para alegar a impenhorabilidade prevista pelo artigo, quando, na realidade, o usuário fazia constantes movimentações financeiras na conta. Percebe-se tal “recurso” na alegação da defesa do réu no processo (p. ex., Julgado n. 0064300-97.1999.5.04.0121 – TRT 4ª Região), conforme demonstrado no julgado descrito abaixo (CONJUR, 2017):

*BLOQUEIO DE VALORES. CONTA POUPANÇA. FINALIDADE. São absolutamente impenhoráveis, na forma do inciso X do artigo 833 do CPC, os valores depositados em caderneta de poupança. No entanto, demonstrado que a conta poupança do executado era utilizada como verdadeira conta corrente, com desvio de finalidade, deve ser mantida a penhora.*

Ainda sobre o tema, é válido observar a opinião do desembargador Fabiano Holz Beserra (relator do acórdão da jurisprudência acima analisada), de hipóteses que descaracterizam a finalidade de poupança protegida pela lei:

*Inicialmente, observo que a manifestação do embargado (fl. 91) parte do equivocado pressuposto de que a conta identificada no campo transferência do valor (fl. 69, verso) seja aquela em que houve o bloqueio. Convém esclarecer que, como o próprio campo discrimina, a conta da agência n. 2749 da Caixa Econômica Federal é a que recebeu o valor transferido da conta poupança do reclamante, para que permanecesse à disposição do Juízo. Portanto, tal como fica claramente identificado pelo último lançamento do extrato bancário da fl. 85, o bloqueio foi efetivado na conta poupança do embargante [...].*

Igualmente, pode ser observada a inaplicabilidade do inciso X no seguinte caso:

*O exame da impenhorabilidade deve ser analisado em cada caso concreto, na consideração de que o valor depositado em conta bancária, que deixa de servir às necessidades de subsistência do devedor e sua família, passa a ter cunho de verba penhorável. Tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. Ademais, entende-se como impenhorável a quantia até o limite de 40 salários mínimos, depositada especificamente em caderneta de poupança (art. 833, X, do CPC/2015), aqui compreendida como parte da renda não gasta em consumo. Na espécie, ocorreram movimentações constantes de numerário, sem que o dinheiro permanecesse na conta por tempo considerável. Movimentações financeiras que extrapolam as características de conta poupança típica. Possível, em tais situações, a penhora dos valores depositados.*

*(TJ-SP - AI: 22328884820168260000 SP 2232888-48.2016.8.26.0000, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 08/02/2017, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/02/2017)*

Encontra-se também, nessa última decisão, uma referência feita às considerações do Desembargador S. Oscar Feltrin, que embasado no art. 854, §3º, do CPC/15, conclui que deve ser demonstrado que as receitas em questão se enquadram na hipótese prevista no art. 833, inciso IV, ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. Nas palavras do Desembargador: “Considera-se impenhorável, até o limite legal (CPC, art. 649, X), somente a quantia depositada especificamente em caderneta de poupança, aqui entendida como parte da renda não gasta em consumo, não assim os valores depositados em conta corrente e livremente movimentada pelo seu titular.” (AGRAVO de instrumento 0096128-68.2012.8.26.0000, Relator Desembargador S. Oscar Feltrin).

Este intento por parte do executado de alegar que todo valor depositado seria penhorável revela, então, uma clara tentativa de inserir-se na impenhorabilidade da quantia depositada em conta poupança

que seja até 40 salários mínimos. Ao passo que, a visão do desembargador transcrita acima, esclarece os motivos da não aplicação de tal penhorabilidade. A exceção, portanto, à regra do inciso X, do art. 833, CPC/2015 se deve a dois argumentos: primeiramente, porque as constantes movimentações na conta poupança a descaracterizam como tal, trata-se, portanto, de uma conta corrente dissimulada; e segundo, pelo fato de que de qualquer maneira a hipótese de impenhorabilidade não seria aplicável, pois se tratava de uma verba alimentar de origem trabalhista, a qual é nivelada com o débito alimentar independente de sua natureza. Dessa maneira, a única espécie de limitação seria a fundamentada na impossibilidade de penhorar mais de 50% dos valores líquidos recebidos a título de salário do mês correspondente (CONJUR, 2017).

Apesar de diferenças entre os pontos abordados, a questão de fundo acerca da impenhorabilidade nos permite trazer ainda outro interessante exemplo jurisprudencial para o tema em questão, no qual o Ministro Moura Ribeiro reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e dá provimento ao agravo contra indeferimento a penhora de parcela de remuneração em razão de pagamento dos honorários.

*PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA HONORÁRIA. LIMINAR DEFERIDA. AGRAVO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em cumprimento de sentença, que indeferiu pedido de penhora sobre 15% da remuneração da executada. 2. A impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC não se aplica à presente execução, porque a quantia exigida, que se refere a honorários advocatícios sucumbenciais, também possui natureza alimentar. 3. Esse é entendimento prevalente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: (...) Os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais têm natureza alimentícia, sendo, assim, passível a penhora de 30% da verba salarial para seu pagamento. Incidência à hipótese da Súmula nº 83 do STJ.? (AgRg no AREsp 634.032/ MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/08/2015, Dje 31/08/2015). 4. Liminar deferida. Agravo provido. (Acórdão nº 998727*



07016094920168070000, Relator: JOÃO EGMONT 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/02/2017, Publicado no DJE: 08/03/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Da mesma maneira, é possível observar na seguinte decisão a uniformidade da jurisprudência brasileira quanto à consideração dos honorários como verba alimentar e, portanto, cabível na exceção de impenhorabilidade estabelecida no § 2º do art. 833, CPC/2015.

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA VIA SISTEMA BACENJUD. VERBA DE NATUREZA SALARIAL DEPOSITADA EM CONTA CORRENTE. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 833, § 2º, DO CPC.*

*O art. 833, inciso IV, do CPC, dispõe, expressamente, que os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal são absolutamente impenhoráveis. Todavia, a referida norma é mitigada pelo disposto no § 2º do art. 833 do CPC, que admite a penhora de verba remuneratória para pagamento de dívida de natureza alimentar e das importâncias salariais excedentes de cinquenta (50) salários mínimos. 2. Em se tratando de execução de honorários advocatícios, que têm natureza alimentar, afigura-se cabível a penhora de verbas de natureza remuneratória da parte executada, diante da exceção à impenhorabilidade prevista no § 2º do art. 833 do CPC. Entretanto, diante do caráter também alimentar dos valores penhorados, a constrição deve ser limitada a trinta por cento (30%) do montante encontrado na conta corrente da recorrente. 3. Recurso parcialmente provido.*

(TJ-DF 07024703520168070000 DF 0702470-35.2016.8.07.0000, Relator: ARNOLDO CAMANHO, Data de Julgamento: 06/07/2017, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 13/07/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

## **4.2 Observações sobre o limite de 50 salários-mínimos mensais nas execuções de alimentos**

Sobre tal ponto temos que o art. 833 §2º, CPC, prevê que são penhoráveis “as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º”. O referido art. 528, dispõe basicamente sobre a possibilidade de que o juiz, a requerimento do exequente, intime o executado para que, em três dias, pague o débito e prove que o fez, ou justifique a impossibilidade de efetuar-lo. Em seu §8º prevê duas possibilidades para o exequente: promover o cumprimento da sentença desde logo ou que ocorra a penhora em dinheiro; hipótese na qual se houver concessão de efeito suspensivo à impugnação, não obstará que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

E o art. 529 estabelece que nos casos em que o executado for funcionário público, militar, gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente pode requerer o desconto do valor da pensão alimentícia em sua folha de pagamento. Também sem muitas novidades em comparação com o art. 734 CPC /73, se não fosse a parte do texto que dispõe que “o exequente poderá requerer” em vez do antigo “o juiz decretará”, o que revela maior fidelidade com o princípio da economia processual e com a intenção de tornar o desenrolar do processo menos litigioso e mais conciliatório.

Já o §3º aparece para resguardar o direito do devedor da pensão alimentícia de que o desconto em suas rendas, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos. Ponto este já comentado anteriormente em item específico.

## **4.3 Outras considerações pertinentes**

Os arts. 530 e seguintes (até o art. 533 e seus incisos) do NCPC, concluem o Capítulo IV (Do cumprimento de Sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos) estabelecendo os procedimentos cabíveis em caso de descumprimento de obrigação de prestação de alimentos. Primeiramente, o art. 530 faz referência ao art. 831 que dispõe sobre quais vencimentos deve recair a penhora; e o mesmo, assim como os seguintes, com exceção do art. 833, §2º, conservaram o texto do antigo CPC/1973.

O art. 531, em seu caput, aclara que as normas do Capítulo se aplicam tanto aos alimentos definitivos quanto aos provisórios. E seus incisos preocupam-se em estabelecer que a execução de alimentos ainda não transitada em julgado se processa em autos apartados, e que o cumprimento definitivo da prestação de alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.

Após verificada a conduta procrastinatória do executado, se for conveniente, o juiz deve comunicar o Ministério Público sobre os indícios da prática do crime de abandono material, segundo o art. 532, CPC/15.

Percebe-se, em outra análise, no §3º do art. 833, o movimento contrário: o de inclusão ao rol de impenhorabilidade, enquanto o §2º do mesmo artigo previa exceções ao mesmo. Portanto, adiciona, aos itens do inciso V (que trata de utensílios, bens móveis necessários ou úteis ao exercício de sua profissão), as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou empresa individual produtora rural. Porém, para o interesse do presente estudo, à medida que inclui esse bem, já o exclui em casos de que esses executados tutelados respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Em que pesem todas as ressalvas existentes para garantir o pagamento de prestação alimentícia, como as discutidas no presente artigo, encontradas no NCPC, ou até mesmo em outros dispositivos legais como o caput do art. 3º da Lei n. 8009/90 (dispondo sobre as exceções à oponibilidade da impenhorabilidade do bem de família), há também uma preocupação em garantir o patrimônio do companheiro ou cônjuge do devedor.

Os incisos do mesmo art. 3º preveem as hipóteses em que não é oponível a impenhorabilidade, e o III (com seu texto: “[A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido] pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida”) é o que relaciona o assunto com o presente tópico de estudo.

Como visto, o próprio inciso faz a ressalva aos direitos do coproprietário de um bem que esteja em questão, que integrem união estável ou conjugal com o devedor. Dessa maneira, sintetizou Daniel Neves (2016), afirmando que “[...] a impenhorabilidade de bens é a última das

medidas no trajeto percorrido pela ‘humanização da execução’. Logo, a “garantia de que alguns bens jamais sejam objeto de expropriação judicial é a tentativa mais moderna do legislador de preservar a pessoa do devedor, colocando-se nesses casos sua dignidade humana em patamar superior a satisfação do direito do exequente” (NEVES, 2016). Fala-se na previsão de uma execução mais humanitária, pois o legislador preocupa-se em preservar também o executado e sua família. Assim, cria mais medidas a fim de garantir o suficiente para sua sobrevivência digna.

Por fim, o credor pode obter certidão comprobatória da dívida alimentar e averbá-la no registro de bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade, de acordo com o art. 828, CPC/15. Além disso, se comprovada conduta procrastinatória por parte do executado, havendo indícios da prática do crime de abandono material, o juiz deverá dar ciência ao Ministério Público (art.532, CPC/15).

## **5. CONCLUSÃO**

O NCPC trouxe importantes inovações a respeito de matéria de direito de família: a prestação de alimentos. Em grande parte, essa nova codificação veio para positivizar posicionamentos que já estavam firmados doutrinária e jurisprudencialmente, formalizando tais posições.

Tendo em vista que a Lei de Alimentos (5.478/68) fora editada na vigência do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939, algumas mudanças quanto às suas previsões processuais, tanto para a fixação quanto para a satisfação do recebimento das prestações alimentícias começaram a ser discutidas em âmbito doutrinário, e a jurisprudência, de certa forma corretiva, também passou a fazer adaptações. Daí a necessidade de uma atenção especial aos alimentos no NCPC (DIAS, 2016).

Em relação ao pagamento por sub-rogação, desconto em folha de pagamento, fixou-se o limite de 50% para desconto dos alimentos vincendos e vencidos, dessa forma, impossibilitando abusos deste meio executório e garantindo sua efetividade.

Quanto à prisão civil, o NCPC inovou no sentido de integrar ao texto legal aquilo que já se entendia consagrado jurisprudencialmente. O regime fechado como modo de coerção para o pagamento dos débitos é mais efetivo tendo em vista que a efetividade da prisão civil nesses casos é justamente a rigidez deste meio executório (SARLET, 2017).

Também se faz importante citar as novas exceções de impenhorabilidade que traz o NCPC. O presente estudo se preocupou também em ressaltar a possibilidade de penhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos (art. 833, §2º), para o pagamento de prestação alimentícia (em adição à hipótese anterior do CPC/1973 relativa às remunerações de natureza alimentar, art. 649, §2º, CPC/1973); bem como a nova previsão acerca da penhorabilidade das importâncias que excederem cinquenta salários mínimos mensais, mesmo nos casos que não envolvam créditos de prestação alimentícia. Esses limites e suas implicações práticas contribuem para mudar o rumo do direito alimentício no sentido de maior proteção ao alimentado.

Por fim, em grande parte o NCPC veio para unir matérias que se encontravam fragmentadas em várias fontes do direito em matéria de alimentos. Através da abordagem realizada nos itens anteriores é indiscutível a efetividade que o NCPC buscou aumentar para a execução de alimentos de forma geral. Nesse sentido, é possível notar que os aspectos positivos trazidos pelo NCPC fortaleceram ainda mais o rito executivo destinado àqueles que buscam sua satisfação pela execução de alimentos.

## REFERÊNCIAS

COLLA, Manuelle Senra. **Novo CPC endurece normas para devedores de alimentos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-14/manuelle-colla-cpc-endurece-normas-devedor-alimentos>>. Acesso em: 13 setembro de 2017.

CONJUR. **Movimentar poupança com frequência afasta proteção e permite penhora**. 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-30/parte-salario-depositado-conta-poupanca-penhorada>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A cobrança dos alimentos no novo CPC**. Migalhas, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229778,21048-A+cobranca+dos+alimentos+no+novo+CPC>>. Acesso em: 4 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei de Alimentos e o que sobrou dela com o novo CPC (Parte 1)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-18/processo-familiar-lei-alimentos-sobrou-dela-cpc-parte>> Acesso em: 14 de setembro de 2017.

DELLORE, L. **O que acontece com o devedor de alimentos no novo CPC?** Jota, 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-que-acontece-com-o-devedor-de-alimentos-no-novo-cpc-18052015>>. Acesso em: 4 de setembro de 2017.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MARTINS, Vanessa. **Mudanças na penhora, conforme novo CPC**. JurídicoCerto, 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/vanessamartins/artigos/mudancas-na-penhora-conforme-novo-cpc-1906>>. Acessado em: 4 de setembro de 2017.

MACEDO ZUBCKO, S. B. **Pensão alimentícia em atraso, posso pegar os bens do devedor?** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://suzannamacedo.jusbrasil.com.br/artigos/349575833/pensao-alimenticia-em-atraso-possou-pegar-os-bens-do-devedor>>. Acesso em: 4 de setembro de 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Prisão civil do devedor de alimentos deve ser a última alternativa**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/direitos-fundamentais-prisao-civil-devedor-alimentos-ultima-alternativa>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.



# A EFICÁCIA DO ACESSO AO TRABALHO DO DEFICIENTE COMO DIREITO LEGITIMADO DE IGUALDADE

<sup>1</sup>Sandrina de Azevedo Oliveira

<sup>2</sup>Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

## RESUMO:

O trabalho de pesquisa pretende através de revisão bibliográfica e documental analisar o acesso ao trabalho da pessoa com deficiência, verificando se realmente esta sendo eficaz, partindo da premissa de que é um direito legitimado de igualdade, como um dos princípios básicos da Constituição e do estatuto da pessoa com deficiência, ou se mais uma vez teremos uma norma sem eficácia, servindo de discriminação do acesso ao trabalho.

## PALAVRAS-CHAVE:

Eficácia. Acesso ao trabalho. Igualdade de oportunidades. Direito legitimado.

---

1 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”. E-mail: sandrina.oliveira@yahoo.com.br

2 Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Professora pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email:cristina.delgado@uol.com.br



## 1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que não é nova a discussão sobre a inclusão da pessoa deficiente no mercado de trabalho e na sociedade de maneira geral, de forma a atenuar as disparidades e proporcionar uma melhor qualidade de vida para esta. Para isso, constantemente pode ser observado mudanças nas legislações internacional e nacional, que tratam sobre os direitos da pessoa com deficiência e da busca por uma maior inserção desta nos vários contextos sociais de forma a lhes proporcionar a dignidade que devem ser detentores, já que cidadãos que fazem parte da sociedade.

No Brasil, variadas são as legislações infraconstitucionais que baseadas nos pressupostos da Constituição Federal em vigor, tratam de diversos aspectos que se relacionam à pessoa com deficiência e ainda, traçam diretrizes do tratamento dos cidadãos, do poder público e da iniciativa privada no que se refere a esses direitos.

E, justamente dentro desse arcabouço jurídico, mais recentemente tem-se a edição da Lei nº 13.146 de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência- que alterou diversos aspectos em relação a dar efetiva participação do deficiente na sociedade, podendo ser citada a capacidade do deficiente para prática de vários atos da vida civil, oportunizando assim, maior independência do deficiente na tomada de decisões. Observa-se ainda, que o referido diploma traça diversas diretrizes para colocação desse grupo em igualdade de condições com as demais pessoas no contexto laboral, atendendo a diversos princípios tais como o da acessibilidade, da igualdade de oportunidades e o da não discriminação por parte das instituições e demais pessoas.

Tais modificações visam precipuamente, garantir o já positivado nos direitos fundamentais, visto que a dignidade é inerente ao ser humano e a igualdade é um direito de todos, sem distinção. Dessa forma, no contexto da igualdade é que se apresenta o presente trabalho de pesquisa, o qual objetiva através de revisão bibliográfica e documental compreender os conceitos e posicionamentos sobre o acesso do deficiente ao trabalho, verificando se o mesmo está sendo eficaz à luz de certos diplomas do ordenamento jurídico tais como a Constituição Federal e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para tanto, no capítulo primeiro vai tratar sobre dignidade da pessoa humana, identificando-a como um direito fundamental, aplicá-

vel ao deficiente. No segundo capítulo a análise se prende em verificar a igualdade como direito fundamental legitimador partindo da premissa de que o princípio da igualdade é legitimador e garantidor de um tratamento digno e sem discriminações, de forma a possibilitar a inclusão social dos deficientes no contexto do trabalho em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. E no último capítulo, pretende-se verificar se realmente esses princípios estão sendo aplicados em relação ao deficiente e seu efetivo acesso ao mercado de trabalho, pois só assim estariam realmente legitimados, os direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da pessoa com deficiência.

De uma forma geral, observa-se que nosso ordenamento jurídico preconiza o direito do deficiente ao trabalho em condições justas e favoráveis, coibindo comportamentos discriminatórios ou omissões que dificultem e afetem a qualidade de vida do deficiente, porém, a análise proposta se torna necessária para que seja possível verificar se realmente as normas estão sendo atendidas, e, se por outro lado, tais normas atendem com eficácia aos deficientes; ou se mais uma vez temos uma norma que não atende aos seus objetivos e acaba sendo mais uma forma de discriminação.

## **2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COMO ESPÉCIE DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais têm sido objeto de profundas discussões que permeiam várias áreas do conhecimento, visto que precisam ser observados e aplicados por serem garantias que visam preservar a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal em vigor apresenta os direitos e garantias fundamentais antecipadamente à estruturação do Estado, visando assim dar lugar de destaque, entretanto, estes não estão restritos a essa parte apenas.

Afirma-se que os direitos fundamentais têm seus preceitos trazidos de forma implícita ou de forma expressa, e devem, segundo Ferreira Filho (2011, p. 123), estarem assentados sobre cinco bases, quais sejam: a necessidade de estarem vinculados diretamente à dignidade da pessoa humana, direcionar-se a todos os seres humanos, possuírem valor moral, serem suscetíveis de promoção ou garantia pelo direito e

valer-se de forma acentuada na vida de cada indivíduo. Sendo assim, os direitos humanos fundamentais numa perspectiva material, estando declarados num documento formal, são basilares do ordenamento jurídico.

Tais direitos são ainda entendidos como normas de aplicabilidade imediata, numa tentativa de se evitar que por falta de alguma regulamentação legislativa, estes fiquem impedidos de serem executados. Verifica-se assim que são revestidos de universalidade e que dispõem da necessidade de se ultrapassar um Estado de Direito puramente formal.

Segundo Piovesan (2010, p. 421), no “cenário do Direito Constitucional ocidental, o que mais contribui para efetividade das constituições são as que privilegiam e potencializam as normas que se baseiam e esteiam nos alicerces dos princípios fundamentais”.

Tem-se assim que o princípio da dignidade da pessoa humana é caracterizado como fundamental e basilar de toda ordem jurídica, sendo imprescindível para a unidade material da constituição. Reafirmando tal posição Piovesan (2010, p. 422) assim expressa:

*Por tamanha envergadura, afirma-se, no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontrolavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo.*

Sob outra perspectiva, Nunes (2010, p. 51) estabelece que “os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo, constituindo-se bases do ordenamento, com a finalidade precípua de nortear seja de forma implícita ou explícita todo sistema jurídico”. Mais especificamente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é apontado ainda por Nunes (2010, p. 60) “como fundamento de todo sistema constitucional, sendo absoluto, não sendo passível, portanto, de relativismos que perpassam os momentos históricos”.

Sabe-se que a dignidade nasce com a pessoa, sendo-lhe inerente, conforme já exposto no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em re-

lação uns aos outros com espírito de fraternidade”, reafirmando assim, o lugar de destaque deste princípio norteador.

Cabe-se destacar também que nenhum indivíduo nasce sozinho e destituído de um meio social, seja qual for; e ao nascer, já é possuidor de direitos e da própria dignidade e integridade. Contudo, no decorrer de seu desenvolvimento como pessoa, outros direitos precisam ser assegurados como a liberdade, sua manifestação do pensamento, sua imagem, sua intimidade; compondo-se assim, um grande bloco que se insere dentro do direito à dignidade.

Ainda segundo Nunes (2010, p. 64), este supraprincípio é, dentro de uma primeira perspectiva, inerente à pessoa humana pelo simples fato desta existir, independentemente de sua situação física ou social e, ainda dentro de um segundo aspecto, que se refere ao direito deste ser viver uma vida digna em sua forma mais ampla. Com isso, ao se considerar os direitos humanos como uma espécie de direito fundamental, é possível entender, sob o aspecto do referido autor, que a pessoa humana, sem eles, não seria capaz de participar e de se desenvolver plenamente na vida com dignidade. Por outro lado, no que se refere à dignidade do ser humano aponta Dallari (2004, p.12), que:

*Todos os seres humanos devem ter assegurados, 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.*

Para tanto, ainda sob o ponto de vista de Dallari (2004, p. 14) expõe que para um indivíduo exercer tais direitos, é imprescindível que este seja tratado e reconhecido como pessoa detentora de tais direitos, afirmando que “reconhecer e tratar alguém como pessoa é respeitar sua vida, mas exige que também seja respeitada sua dignidade, própria de todos os seres humanos”. Verifica-se que, perante tal pressuposto, é possível entender que nenhum ser humano deve viver ou permanecer em situação que o constranja perante os demais, ou de forma que seja considerada indigna, ou que mitigue a integridade não somente física, mas também moral.

Outras formas são apontadas, como ofensas ao direito de ser pessoa, tais como os preconceitos e a discriminação social. Tais ofensas podem ser verificadas em diversos extratos da sociedade, ao se obser-

var situações em que uma pessoa é tratada de forma inferior ou em que não é admitida sua participação ou manifestação do pensamento, por condições sociais desfavoráveis, deficiência física, raça, dentre outros. (DALLARI, 2004, p. 40). Com isso se assegura que para ocorrer o direito de ser pessoa, há necessidade de a pessoa humana ser respeitada em todos os momentos, lugares, envolvendo as várias situações, no que concerne a sua integridade física, moral ou psíquica, posto que assim exista o respeito que se apregoa no ordenamento jurídico nacional.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundamental para a ordem jurídico-constitucional, está constituída de forma clara e inequívoca como base de toda ordem constitucional, o que é referendado por Sarlet (2002, p. 62), quando assim expressa:

*Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

Pode-se verificar assim, que o referido princípio, dada sua significação e relevância, constitui-se um valor-guia não apenas dentro da ordem jurídica, para os operadores do Direito, mas também para toda a sociedade e ao Estado Democrático de Direito. Para isso, Sarlet (2002, p. 83) intensifica a ideia da legitimidade deste princípio ao citar que conforme a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "... toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa humana não possui uma constituição".

O direito de a pessoa viver de forma digna é apresentado por Nunes (2010, p.65) como: "a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais". Não obstante, são reais as situações de violação ao referido princípio, cabendo à sociedade, mas também aos poderes públicos que o respeito à dignidade seja condição comum. Por outro lado, no que tange a responsabilidade

do Estado, continua Nunes (2010, p.68) ressaltando a incumbência do mesmo assim se expressando:

*Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer com que se respeitem as ações correlativas, não é só por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.*

Tem-se que a dignidade da pessoa humana vem na Constituição Federal como um princípio, porém, mesmo assim ainda não se consegue protegê-la de todas as adversidades que são constatadas na Sociedade, razão pela qual a efetivação desse direito se torna tarefa do Estado por meio dos órgãos jurisdicionais, no sentido de dar cumprimento às garantias das regras e normas que se encontram preconizadas em nosso ordenamento jurídico, justamente por não poder o ser humano dispor de tal direito. (SARLET, 2002 p.26). Dessa forma a proteção à dignidade de cada um e de todos constitui ou deveria constituir uma meta a ser alcançada por toda sociedade, já que inerente a todos os seres humanos.

Com isso, pode-se verificar que numa sociedade em que se espera todos os indivíduos vivendo com seus direitos respeitados, em condições adequadas que oportunizem uma vida mais justa, tal princípio precisa não só nortear todo o ordenamento jurídico do Estado, mas também ser uma prática nas ações de todos os cidadãos, pois só assim o mesmo teria a efetividade e aplicabilidade de tornar a sociedade digna à vivência de todos, e, seguindo esse prisma, não se pode então deixar de falar na igualdade como um direito fundamental, o que será abordado no próximo capítulo.

### **3. A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL LEGITIMADOR**

A Carta Magna de 1988 em seu artigo terceiro elenca os objetivos fundamentais da República do Brasil e traz como um destes o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A necessidade de se discutir sobre a igualdade tem crescido com o passar dos tempos. E, com o aparecimento dos desafios e também das desigualdades, a afirmativa de que todos são iguais perante a lei tem sido por vezes posta em discussão e objeto de reflexão por parte da sociedade contemporânea.

Sabe-se que a ideia de igualdade foi fruto de um avanço histórico decorrente das modernas Declarações de Direitos surgidas no final do século XVIII, tais como a francesa de 1789 e a americana de 1776 e que se estende até aos dias atuais, procurando-se assim, que as especificidades e diferenças sejam observadas e respeitadas. (PIOVESAN. 2010, p. 245).

Segundo Sarlet (2002 p 91), o direito à igualdade encontra-se diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, sendo pressuposto desta que haja isonomia, a fim de se afastar qualquer comportamento discriminatório e arbitrário. Por outro lado, Dallari (2004, p. 87) evidencia que “desde o Cristianismo há a afirmativa de que todos os seres humanos são iguais”. Assim também, tal ideia encontra amparo na maioria das constituições do mundo, bem como na Declaração Universal de Direitos do Homem.

Contudo, afirma ainda Dallari (2004, p. 88) que apesar de tais direitos serem bastantes discutidos em diferentes âmbitos, a desigualdade ainda pode ser verificada em grande parte dos contextos atuais. Expõe também que diversos comportamentos e costumes estão arraigados em diferentes grupos sociais e também em indivíduos, de forma que o tratamento desigual é considerado normal; observando-se na prática cotidiana que alguns seres humanos nascem desiguais e assim devem permanecer. Ou seja, os seres humanos nascem iguais, portadores, a princípio, dos mesmos direitos e oportunidades, entretanto, a sociedade, a depender de certas situações desfavoráveis, passa a tratar tais indivíduos de forma diferente, amparados por certos costumes. Por conseguinte, sempre que alguma pessoa se depara com algum tipo de preconceito ou segregação, tem-se mitigado e até negado o direito à igualdade.

Segundo Piovesan (2010, p. 241), com o passar do tempo houve um alargamento do conceito de sujeito de direito, passando a abranger não só indivíduos, mas também entidades de classe e grupos vulneráveis que merecem proteção especial, portanto. Neste contexto, indica que o “sistema normativo tanto nacional, como internacional, reconhe-

cem direitos vinculados a crianças, idosos, pessoas vítimas de discriminações, portadores de deficiência, dentre outros grupos”.

A quem afirme que a cada dia se consolida a ideia de que o valor da igualdade se esteia no respeito à diferença e à diversidade; e que dentro dessa concepção, observa-se que o direito à igualdade tem duas vertentes: o combate a ações discriminatórias, bem como a promoção da própria igualdade, as quais não estão dissociadas. (PIOVESAN, 2010, p. 243). Sendo assim, é possível verificar que o combate a todas as formas de discriminação e a promoção da igualdade são estratégias que devem caminhar conjuntamente, a fim de que, quando conjugadas, se tenha um avanço significativo no respeito ao direito à igualdade.

Em seu artigo primeiro, a Convenção das Nações Unidas trata sobre a eliminação de todas as formas de discriminação e traz o seguinte conceito sobre esta:

*Qualquer forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.*

Pode-se inferir assim, que a mitigação e o combate às formas discriminatórias, sejam em qualquer âmbito, são medidas fundamentais para que se garanta a todos, sem distinção, o pleno exercício dos direitos assegurados em convenções e na norma constitucional. Dessa forma, para que seja assegurada de forma mais efetiva a igualdade entre os indivíduos, não basta que se combata a discriminação, mediante uma legislação repressiva, faz-se necessário que se tenha estratégias capazes de estimular a inclusão e inserção desses grupos socialmente vulneráveis em meios sociais. (PIOVESAN, 2010, p. 245)

Pode-se verificar, portanto, que se torna tarefa essencial, a expansão do exercício do direito à igualdade, dentro do contexto de qualquer projeto democrático, a fim de que esta seja observada de plano por todas as esferas do direito, sejam estas políticas, sociais, culturais, civis ou econômicas.

Para Dallari (2004, p.58), por diversos motivos muitas práticas discriminatórias foram agravadas nos últimos tempos, acentuando antigas e novas formas de preconceito. O referido autor cita, para se confirmar



tal proposição, a submissão dos países subdesenvolvidos, a mitigação de direitos dos trabalhadores, aumento generalizado do desemprego, inclusive em países mais ricos, discriminações contra emigrados, diferenças de crenças religiosas, filosóficas, políticas, dentre outros.

Cabe-se destacar então que não basta a afirmativa de que todas as pessoas são iguais por natureza, visto que para que se alcance resultados práticos e tangíveis, faz-se necessário que se alcance uma sociedade organizada dentro do pressuposto real que ninguém seja tratado como superior ou inferior desde o nascimento, sendo assegurado ainda o direito à dignidade e acesso às oportunidades.

É justamente dentre desses contextos que se têm garantias a determinados grupos, a fim de legitimar os seus interesses, pois através dessas garantias se faz com que os mesmos sejam equiparados em direitos. É o que ocorre no caso da pessoa com deficiência, que necessita de se igualar aos demais para que tenha todos os seus direitos plenamente preservados na sociedade e participe desta sem impedimentos de qualquer ordem, pois não conseguem ter a mesma igualdade que os demais cidadãos se não tiverem uma maior garantia por parte do ordenamento jurídico, pois em assim se dando essa garantia realmente esta se aplicando a igualdade material que é preconizada em nossa constituição, e, essas garantias no caso dos deficientes também são abordadas em termos de igualdade de condições de trabalho, o que será a discutido no próximo capítulo.

#### **4. O DEFICIENTE E O ACESSO AO TRABALHO**

Pode-se dizer que a participação do homem na sociedade por meio do trabalho é um fator que supera a concepção da produtividade num ambiente de mercado e produções, visto que é também no trabalho que o ser humano pode ter suas potencialidades desenvolvidas e manter vínculos sociais consideráveis que contribuam para o desenvolvimento da pessoa em diversos aspectos. Sendo assim, essa atividade deve ser entendida como um direito individual que deve ser exercido em condições justas e igualitárias.

Entende-se ainda que a concepção de trabalho foi se modificando com o passar dos tempos; e que a partir das revoluções burguesas do século XVIII, foi considerado como valor moral e social do homem, que

deveria justificar suas posses e renda com frutos do próprio trabalho. O trabalho, portanto, foi considerado imprescindível à preservação de uma vida digna de todo e qualquer ser humano. (DALLARI, 2004, p. 57)

Souza e Nascimento (2009, p. 117) apontam que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Protocolo Facultativo, assinados pelo Brasil em 2007, dispõe sobre a promoção, a proteção e a segurança dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência, bem como respeito por sua dignidade que já lhe é inerente. Dentre alguns princípios gerais desse documento aplicáveis ao direito do trabalho do deficiente pode-se destacar o da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o da igualdade de oportunidades e o direito à oportunidade de se manter com o trabalho de sua livre escolha. (SOUZA; NASCIMENTO, 2009, p.119)

Sobre este último, cabe-se destacar ainda algumas premissas sobre o trabalho do deficiente que deve ser em um ambiente acessível; sem disparidades na remuneração do deficiente e da pessoa sem deficiência que desempenham semelhante função; proibição de discriminação; proteção contra assédio no ambiente laboral; condições de recrutamento, admissão e permanência no emprego. Como se pode observar, várias são as garantias que visam oportunizar o acesso e a permanência da pessoa com deficiência no trabalho de forma digna e efetiva, cabendo ao poder público, ao setor privado e demais membros da sociedade respeitarem tais diretrizes. (SOUZA; NASCIMENTO, 2009, p. 119)

Contudo, o que se constata a partir dessa concepção é que alguns aspectos das sociedades atuais e suas formas de organização se contrapõem à ideia apontada, pois ao se afirmar que uma sociedade deve se apoiar no trabalho, este deve ser acessível às pessoas sejam elas quais forem.

Dallari (2004) estabelece ainda que em muitos contextos sociais o que se busca por meio da oferta de trabalho é o desenvolvimento de políticas voltadas para a aferição de resultados puramente econômicos e financeiros, deixando em segundo plano os aspectos e objetivos sociais que o trabalho pode proporcionar. Outro ponto conflitante por ele apontado é que ainda pode ser observado, em alguns contextos, a presença do trabalho como fator de exploração e agressão a alguns indivíduos em condições mais desfavoráveis tais como crianças, ado-

lescentes e deficientes; o que vai de encontro com as concepções de dignidade da pessoa humana e seu caráter igualitário.

Verifica-se que o acesso ao trabalho como fator respaldado no princípio da igualdade está assegurado na vigente constituição, bem como em diversas normas infraconstitucionais que visam proporcionar ao deficiente melhor acesso às oportunidades e permanência no mercado de trabalho, como inclusive bem ressaltado no Estatuto da pessoa com deficiência.

No que se se refere à norma constitucional, a eficácia desta pode ser evidenciada na maneira em que é cumprida. Na Carta Magna se destacam significativas inovações que visam concretizar os direitos fundamentais, incluindo-se as pessoas com deficiência. Tem-se assim, que o tema que mereceu uma atenção especial dos legisladores foi exatamente a inclusão laboral do deficiente, contudo, certas áreas ainda precisam ser mais efetivas tais como normas que abarcam o combate à exploração, assistência à família e acessibilidade dos deficientes. (PIO-VESAN, 2010, p 356).

Vê-se assim que a legislação Constitucional trás em seu bojo a proteção que merecem os deficientes, já que inclusos nos direitos fundamentais, porém, o que se verifica rotineiramente é que o texto da norma é um, e sua aplicabilidade prática é outra, pois a realidade Brasileira em muitas situações se mostram totalmente contrárias aos preceitos constitucionais.

Por outro lado, dentre as normas infraconstitucionais, Souza e Nascimento (2009, p. 126) citam a lei nº 8.112 de 1990, que dispõe sobre o “regime jurídico dos servidores públicos da União, em que assegura aos deficientes o direito de se inscreverem em concurso público para provimento dos cargos, sendo reservadas até 20% das vagas, com atribuições e condições compatíveis”. Demonstrando assim, que visando igualar se criou um percentual de vaga quando dos concursos públicos de forma que os deficientes tenham condições de serem inseridos no contexto desses profissionais.

Outro exemplo de tais garantias são os Planos de Benefícios da Previdência Social regulados pela lei 8.213 de 1.991, que em seu artigo 93, vem estabelecendo que:

*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%*

Além das disponibilidades de vagas asseguradas no referido dispositivo legal, o parágrafo primeiro do mesmo artigo afirma que a contratação de empregado na substituição de trabalhador reabilitado ou deficiente, no final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias ou no indeterminado, deve-se dar por empregado em condição semelhante.

A lei acima citada é conhecida como “Lei de Cotas dos Deficientes”, porém, continua até os dias atuais com grande inadimplência em relação ao seu cumprimento. Pode-se dizer que isso decorrente de vários fatores, que advém não só por parte dos empregadores, mas também por parte do próprio deficiente, pois em várias situações continua a querer ser favorecido pelo benefício concedido pela LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (PANUZZIO, 2004, p. 94). Vale aqui acrescentar que por diversas questões, inclusive de cunho social e cultural, os deficientes só começam a ter acento na sociedade em face da constituição cidadã, visto que antes dela não lhes era permitido reconhecimento na sociedade, encontrando-se fora das escolas, do mercado de trabalho e mesmo da própria convivência social.

Observa-se que mais uma vez se constata a criação de leis visando a inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, de forma que os mesmos tenham condições de exercerem suas profissões e participarem das políticas trabalhistas e, não simplesmente serem aliados do processo de inserção.

Ainda dentro da promoção do trabalho, como princípio, Souza e Nascimento (2009, p. 124) afirmam que através das ações afirmativas é que eles acabam sendo reforçados no cenário das relações laborais, afirmando “a possibilidade de emprego no setor público e privado, por meio de medidas políticas e apropriadas, visando inclusão de progra-

mas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas, assegurando as adaptações no local de trabalho”. Continuam ainda (2009, p. 122) reforçando que o conhecimento da legislação pátria sobre os direitos dos deficientes é de suma relevância, por parte destes e dos demais cidadãos, a fim de que se minimizem as discriminações e pelo conhecimento, possam exigir da sociedade o cumprimento das normas já previstas. Normas estas, que objetivam a inclusão num mercado de trabalho competitivo e também dinâmico.

Nesses contextos, percebe-se que há necessidade de inserção do deficiente no mercado de trabalho de forma objetiva, inclusive dentro de ações afirmativas de inclusão, porém, deve-se buscar essa necessária inclusão também sob outras perspectivas, com sentidos mais amplos e eficazes; reafirmada por normas específicas que visem o acesso as oportunidades de forma igualitária.

#### **4.1 O deficiente e o acesso ao trabalho na perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência**

A lei nº 13.145 de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência- já em seu artigo primeiro, assegura a promoção em condições de igualdade, dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa portadora de deficiência, com a finalidade de inclui-la de forma cidadã na sociedade. Tal dispositivo se assenta no princípio constitucional da igualdade, que legitima essa inclusão.

O Estatuto também conceitua, em seu artigo segundo, a pessoa com deficiência, como aquela que possui impedimentos de ordem física, intelectual, mental ou sensorial, em longo prazo; e que no contato desta com barreiras, tem limitada ou impedida sua efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Pode-se verificar então, que o conceito abarca a deficiência sobre diferentes aspectos do ser humano, procurando assim garantir que as pessoas que se encaixarem em tal conceito, tenham seus direitos resguardados e devidamente respeitados.

Como base nos direitos da pessoa com deficiência ao trabalho, Nacur (2016, p. 31), afirma que “o deficiente possui esse direito, seguindo as diretrizes de diversos princípios”. Dentre os quais cabe-se destacar alguns.

O princípio da acessibilidade estabelece a adoção de transportes, produtos, ambientes, residências e instrumentos de trabalho que sejam acessíveis e que auxiliem na transposição de barreiras que venham a limitar a pessoa com deficiência no desempenho de suas atividades. Aponta ainda o princípio da não discriminação, que se assenta na ideia da proibição a qualquer distinção, restrição ou exclusão, que venham a impedir o exercício dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência. Sendo assim, a recusa nas adaptações razoáveis e de fornecimento de assistência fere o referido princípio. Por último, expõe sobre o Princípio da Proteção Integral, que direciona no sentido de que esta deve permear qualquer situação em direção preventiva, e não somente em situações de risco e vulnerabilidade, seja na área da educação inclusiva, ou no ambiente de trabalho. (NACUR, 2015, p. 29 - 31)

No que se refere mais especificamente aos direitos no contexto do trabalho, a Lei nº 13.146 de 2015 dispõe que o direito à igualdade de oportunidades e a não discriminação, também estão resguardados. Sendo assim, explicita o artigo quarto que qualquer forma de exclusão, impedimento, distinção ou exclusão, sejam por ações ou omissões, que venham a mitigar ou prejudicar o exercício das liberdades e direitos da pessoa com deficiência, ou mesmo na recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas, constitui discriminação. Pode-se, portanto observar que a lei visa assegurar proteção, considerando especialmente vulneráveis as crianças, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência.

Pode-se evidenciar ainda, por meio do artigo sexto, que o estatuto ampliou a capacidade da pessoa com deficiência para a prática de vários atos da vida civil, dantes impossíveis de se realizarem com total independência por estes estarem assistidos, oportunizando assim uma maior inclusão ativa desses indivíduos no meio social. Sendo que o artigo 37 explicita de forma específica sobre a inclusão dos deficientes no trabalho de forma competitiva com as demais pessoas, seguindo os termos das demais legislações trabalhista e previdenciária.

Dispõe ainda o artigo 34 que a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho que seja segundo sua escolha e aceitação, num ambiente que seja acessível e que oportunize a inclusão, a fim de que tenha igualdade frente às demais pessoas. O direito ao trabalho num ambiente adequado à pessoa com deficiência é, portanto, um dever que não se restringe às pessoas jurídicas de direito público, mas também as de di-

reito privado, visto que a lei não traz tal distinção. Cabe-se destacar que a lei relaciona a igualdade também no âmbito das remunerações, que devem ser de igual valor aos das pessoas sem deficiência que desempenham semelhante atividade.

Outros aspectos abordados na lei que visam à proteção do trabalho do deficiente se relacionam com a ideia da não discriminação, que deve se estender também aos períodos de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissionais e periódicos, na permanência no emprego, ascensão e reabilitação profissionais, bem como na exigência de aptidão plena da pessoa com deficiência, conforme disposto no parágrafo terceiro do artigo 34.

É também assegurado, no artigo supracitado, em seu parágrafo quarto, a livre participação em cursos, treinamentos, formação continuada, planos de carreiras, dentre outros institutos e garantias aos trabalhadores. Portanto, observa-se a intenção legislativa de manter a pessoa com deficiência no ambiente de trabalho com oportunidade de acesso e permanência satisfatórios. Tal permanência deve se dar com igualdade de condições com outros indivíduos, proporcionando acessibilidade e fornecimento de recursos adequados para lidarem junto ao ambiente de trabalho.

Por outro lado, com o intuito de que haja tal competitividade, o estatuto traça diretrizes tais como a prioridade da pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho; disponibilização de suportes e recursos, respeito aos interesses e perfil vocacional do trabalhador, apoio e aconselhamento a empregadores, com finalidade de traçarem estratégias; articulações entre políticas públicas; participações de organizações civis visando o mesmo fim, conforme exposto nos incisos do artigo 37.

Verifica-se que o Estatuto proíbe combate a qualquer forma de discriminação no que se refere ao trabalho do deficiente, tanto que no artigo 35 estabelece de forma textual que a finalidade essencial das políticas públicas de trabalho e emprego é a promoção e garantia das condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo do trabalho, ou seja, regra de forma taxativa que compete a toda sociedade – ente público, privado, e/ou qualquer outro ator social, fazer cumprir e garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos, possibilitando que o deficiente seja e se sinta incluso como cidadão, e, ainda

como cidadão trabalhador que tem condições de trabalhar e receber pelo furto do seu trabalho.

Dessa forma, para viabilizar a inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, o Estatuto estabelece várias regras e condições, valendo novamente ressaltar o artigo 37 que em seu parágrafo, e incisos, deixa evidenciado o dever da sociedade de lançar mão de todos os recursos necessários à colocação competitiva e em igualdade de oportunidades nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, a fim de que assim procedendo, tenha-se realmente como praticar a inserção com igualdade no mercado de trabalho do deficiente.

Por todo exposto, ao se pensar nos direitos fundamentais garantidos a todos os seres humanos, e pelo contido no Estatuto, nas demais leis e acima de tudo na Carta Constitucional atual, todo e qualquer trabalhador deve ter respeitado seu acesso ao trabalho e a permanência neste em condições dignas, como base para uma melhor qualidade de vida não somente para quem trabalha, mas também para os demais que recebem a contribuição desse trabalho, visto que o homem tem um instinto de vida gregária, precisando viver com outros da sociedade.

Com isso, os termos traçados no Estatuto, buscam propiciar condições de um trabalho digno à pessoa deficiente, de forma que suas limitações e autonomia sejam respeitadas, vez que por meio do trabalho seria possível a integração social com os demais grupos dentro da sociedade.

Por conseguinte, ao se considerar, como já abordado, que todo ser humano deve ser tratado com dignidade e igualdade, é de suma importância garantir que o acesso às oportunidades de trabalho e a permanência neste de forma digna, justa e segura seja fator imprescindível e eficaz em toda e qualquer sociedade, para realmente se dar dignidade ao deficiente trabalhador.

## **5. CONCLUSÃO**

Pode-se observar por meio das afirmativas dos diversos doutrinadores aqui elencados, bem como pelos diversos dispositivos do atual ordenamento jurídico, que a inclusão da pessoa deficiente nos vários extratos sociais, inclusive do trabalho, tem sido objeto de bastante discussão e até evolução. Com o fim de se garantir que os princípios



constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sejam materializados por meio de ações individuais e coletivas.

Observou-se ainda que o trabalho ocupa uma posição de destaque na qualidade de vida de qualquer pessoa, inclusive do deficiente, visto que mais de que um meio de subsistência é também garantidor do desenvolvimento das potencialidades do ser humano e do aumento das relações interpessoais.

Contudo, também foi apontado que ainda há várias formas de segregação ou discriminação que impedem uma plena participação dos mais vulneráveis num convívio competitivo com as demais pessoas, incluindo nesse grupo as pessoas com deficiência.

Apesar de ser evidenciada a preocupação da garantia da igualdade de tratamento e oportunidades para o deficiente, dentre os dispositivos da atual Constituição Federal e outras normas infraconstitucionais, pode-se observar ainda em diversas situações que muitas são as barreiras que os deficientes enfrentam para se ajustarem a uma sociedade altamente competitiva e dinâmica. O que se contrapõe também ao tão apregoadado princípio da dignidade da pessoa humana que é basilar de todo ordenamento jurídico atual.

Fato é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe consideráveis avanços que modificaram diversas normas legais, com intuito de garantir à pessoa com deficiência de qualquer tipo, a acessibilidade e permanência no ambiente de trabalho de forma satisfatória e condizente com o já apregoadado no texto constitucional.

Entretanto, muitos são os avanços que a sociedade contemporânea e todas suas instituições têm, a fim de garantir o já legitimado direito de igualdade de oportunidade e permanência do deficiente em todas as fases do processo de trabalho. Procurando-se assim, colocar em prática as diretrizes já traçadas; e se propondo a reprimir toda forma de discriminação que cerceia e mitiga qualquer busca pela igualdade. Sendo então possível dessa forma, visualizar a eficácia do acesso ao trabalho da pessoa com deficiência e a permanência nesse com qualidade e igualdade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05-10-1988. Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 1988.

BRASIL. **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.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Editora Moderna. 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2ª ed. São Paulo: LTr. 2016.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

PANUZZIO, Danielle. Panorama sobre os portadores de necessidades especiais e sua inserção o mercado de trabalho. *In*: NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira (Org.). **Direito das minorias: proteção e discriminação no trabalho**. Campinas: Alínea, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva: 2010. .

SARLET, Ingo WOLFGANG. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2002.

SOUZA, Ana Maria Viola de, NASCIMENTO, Graziela Augusta Ferreira. **Direito e o Trabalho**. São Paulo: Editora Alínea. 2009.



# UMA ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO NAS PETIÇÕES INICIAIS DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE VOLTA REDONDA – OS PROBLEMAS NOS USOS DAS CONTRASTIVAS

<sup>1</sup>Claudia Maria Gil Silva

<sup>2</sup>Guilherme Martins dos Santos Dias

<sup>3</sup>Jéssica Gama Marques

## RESUMO:

Este trabalho analisa as construções contrastivas em petições iniciais retiradas de peças processuais da 1ª Vara Criminal de Volta Redonda, tendo como referência o ano de 2015. A fundamentação teórica articulou pontos de vista da Análise do Discurso, da Teoria da Argumentação e da Linguística Textual. A premissa fundamental da pesquisa foi a de que o uso das contrastivas é fundamental na construção do raciocínio e, em decorrência, da argumentação. Dentre os vários aspectos interessantes da pesquisa, destacam-se: o levantamento feito dos conectivos usados nas peças selecionadas; os sentidos pretendidos; os sentidos alcançados e ainda, a seleção inadequada de conector não contrastivo, mas empregado com esse fim, verificando de que maneira o objetivo que, teoricamente, deveria ser proposto na argumentação, foi prejudicado.

## PALAVRAS-CHAVE:

Discurso jurídico. Argumentação. Operadores contrastivos

---

1 Doutora em Letras pela UERJ, professora do Centro Universitário de Volta Redonda-UniFOA, onde organiza os Simpósios de Pesquisa Jurídica e as obras resultantes desses eventos. Autora de dois livros e de vários capítulos de livros. Sua experiência acadêmica tem ênfase nos seguintes temas: Análise do Discurso; Discurso Jurídico; Identidades Sociais e Práticas Discursivas.

2 Graduando em Direito- Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA

## 1. INTRODUÇÃO

A língua é o instrumento de que se utiliza o homem, por meio de enunciados orais ou escritos (Bakhtin, 2000: 279), para se definir como pessoa entre pessoas, como aquele que pode ser reconhecido e compreendido pelos textos que produz. Possui recursos que, selecionados para a composição dos enunciados (estilo), adicionados à presença de um conteúdo temático (sempre adequado ao contrato de comunicação), de uma forma composicional e da função desses enunciados na comunicação compõem os gêneros textuais ou gêneros discursivos, os quais refletem a esfera social onde são produzidos, originando, em função de propósitos comunicativos, uma variedade de outros gêneros e de alguns subgêneros.

A multiplicidade de gêneros existentes em uma língua se dá em função das necessidades que emergem das inovações culturais, tecnológicas, por exemplo, e sua manifestação pode ser percebida nas atividades comunicativas do dia a dia dos usuários dessa mesma língua, pela necessidade de se comunicarem em adequação a tais inovações, uma vez que a interferência delas na comunicação pode ocorrer de forma intensa. Da mesma forma, a efemeridade de um gênero também é prevista devido à velocidade com que as mesmas inovações ocorrem (Silva, 2016).

Os gêneros textuais, ou “correias de transmissão que levam da história da sociedade à história da língua.” (Bakhtin, 2000), relacionam-se com os tipos de interação que se estabelecem no *modus agendi* de um determinado indivíduo ou grupo, dentro de um contexto social que pode ser ou mantido, ou desconstruído, ou reconstruído, de acordo com as necessidades desses mesmos indivíduo e grupo (idem), incorporando tanto o caráter pessoal do locutor, ou decalcando o comportamento ou “corporalidade” (Maingueneau, 2001) do enunciador no espaço social em que este atua.

Neste trabalho, estabelecemos como objeto de investigação o discurso apresentado em petições iniciais, retiradas de processos da primeira Vara Criminal da Comarca de Volta Redonda, no ano de 2015, cuja seleção se deu com o propósito de situá-las em um tempo/espaço. Necessário, portanto, que o caminho linguístico seguido a significação social e histórica sejam relevantes na identificação e compreensão dos efeitos de sentido que produzem, no domínio discursivo por que transitam.

Para a organização dos gêneros textuais é necessário agrupá-los de acordo com os ramos da atividade humana a que pertencem, ou seja, aos domínios discursivos (Marcuschi, 2002, p. 23), uma vez que são nesses espaços que eles se originam, agrupam, ampliam, modificam, acompanhando os movimentos sociais e históricos, que também renovam esses domínios. Nessa perspectiva, é necessário focar os ramos das atividades humanas como produtores de determinadas práticas discursivas, que agrupam um conjunto de gêneros textuais que podem ser, às vezes, bastante específicos e, portanto, responsáveis pelas realizações discursivas nos textos.

A título de exemplo podemos citar os discursos jurídico e político como práticas comunicativas institucionais e, sob o ponto de vista dos domínios discursivos, afirmar que esses discursos constituem, cada um, um domínio diverso capaz de abrigar diferentes gêneros, que são organizados em modos que visam a uma função específica na comunicação – “a função do narrativo é contar ou relatar; a do descritivo, descrever; a do argumentativo, argumentar, (...)” (Oliveira, 2003, p.41) –, caracterizam-se pelas realizações linguísticas definidas por propriedades sócio-comunicativas, situam-se dentro de uma prática comunicativa, na qual exercem um papel social, respeitam as restrições e reconhecem as liberdades ligadas a um ato de linguagem, isto é, são regidos por um contrato de comunicação.

Por apresentarem particularidades regulares nas construções enunciativas e constituírem um “lugar” onde o pessoal e o institucional ocupam espaços limítrofes, enforcaremos as petições iniciais como um gênero textual/discursivo processual representante de uma das vertentes do modo argumentativo de organização do texto/discurso.

Tecendo um paralelo ao que diz Aristóteles quanto às formas de governo, no capítulo VII da Arte Retórica (s/d, p.67-69), podemos estabelecer um elo entre a finalidade das instituições e um determinado domínio discursivo, visto que este empresta ao orador seus traços de caráter. A situação de comunicação e os domínios discursivos – caracterizados pelos aspectos extratextuais, ou seja, as situações institucionais, históricas, sociais e ideológicas – compõem, portanto, um binômio indissociável para a construção da imagem do sujeito enunciativo, já que responsáveis pelas realizações discursivas que se forjam nos textos, determinando a vinculação permanente dessa imagem à cena em que se dá a comunicação.

O quadro teórico-metodológico em que este trabalho está ancorado é a área da Análise do Discurso de linha francesa, que aponta para o fato de que a linguagem é constituída sócio-historicamente e estruturada por formações ideológicas, justificando, pois a escolha do *corpus*, uma vez que os discursos que o compõem se apresentam impregnados de carga semântica construída pelas coerções próprias da língua, como por exemplo, os mecanismos de coesão textual que absorvem a noção semântica de *conexão*, especificamente os contrastivos, cujo contexto característico de ocorrência é o discurso argumentativo e a estratégia argumentativa usada consiste em contrapor a posição defendida àquela defendida por um antagonista.

Serão apresentados fragmentos de cinco petições iniciais da 1ª Vara Criminal de Volta Redonda<sup>3</sup>, cuja escolha se deve, entre outros fatos, ao acesso a documentos que nos foi permitido nessa Vara. Buscaremos investigar, no processo de construção discursiva, por meio dos elementos linguísticos de oposição, a intencionalidade manifestada pelo enunciador e de que maneira a forma linguística influi ou determina as possibilidades de encadeamento argumentativo, dado que a argumentação pode ser considerada como um fenômeno interno da língua.

## 2. PETIÇÃO INICIAL: UM GÊNERO PROCESSUAL

O gênero processual diz respeito a textos produzidos por advogados, procuradores e promotores dentro de um processo, defendendo-se uma causa, que também podemos nominar como tese, em que são apresentados fundamentos e fatos jurídicos, sociais, filosóficos que possam contribuir para a defesa do que se propõe como “certo” e “verdade” e que cose o texto obedecendo a uma ordem cronológica e lógica dos fatos, com a intenção única de persuadir o interlocutor, no caso, o juiz, mesmo sabendo que o texto passará pelas mãos da outra parte.

Nesse sentido, o advogado, por exemplo, evoca a voz da lei e da jurisprudência que convém para comprovar a veracidade dos fatos apresentados, imiscuindo a seu texto o relato desses fatos de acordo com a sua visão. Apresenta sua “verdade” de modo imperativo, sugerindo condutas, movimentando visões por meio das estratégias que pro-

---

3 As peças completas serão apresentadas em anexo, resguardando, devidamente, informações pessoais.

duz, a fim de que não surjam dúvidas quanto ao que declara e, dessa forma, induz o outro, seu coenunciador, a aderir à sua causa e a tomar os posicionamentos que deseja naquela determinada circunstância.

Segundo Silva (2016, p.106),

*Importa para o enunciador a opinião de seu interlocutor para a elaboração do seu discurso, por conseguinte, menos importa na argumentação considerar o que pode ser provado ou verdadeiro, mas sim a quem ela se destina. O caráter do destinatário, suas convicções e ideais é que deverão, portanto, animar o espírito do enunciador para promover sua argumentação.*

No entanto, o enunciador não deve abandonar seu senso moral em prol da persuasão, mas sim adaptar o seu discurso visando a dirimir as dificuldades, que podem ser previstas quando se preocupa em conhecer previamente seu interlocutor. Para o exercício da palavra, considerar-se-á também e portanto, o estilo, estudando-o para que se possa adequá-lo às circunstâncias em que ela será proferida.

*Para quem verdadeiramente deseja persuadir indivíduos concretos, é indispensável construir uma argumentação dentro de um perfil sistematizado, constituindo hipoteticamente a imagem do auditório, na tentativa de determinar suas origens psicológicas ou sociológicas.*

*Ignorar esses elementos, assim como desconhecer as circunstâncias em que o auditório se forma e por que se dá o discurso, repercutirá na construção equivocada da imagem dos coenunciadores e poderá gerar consequências imprevistas e desagradáveis. O efeito que se espera de uma argumentação que se julga persuasiva pode resultar em algo contrário ao esperado, provocando no cenário em que se dá a comunicação um certo mal estar. (idem, p.107)*

As diversas situações de comunicação exigem comportamentos linguísticos distintos, portanto, a palavra proferida nas petições iniciais deve ser essencialmente adequada à instância em que ela se realiza. O texto processual, em decorrência, apresenta-se impregnado de uma ideologia que só interessa para defender a causa/tese, naquela situação de comunicação e o comportamento linguístico exigido bastante específico para a realização do discurso que se deseja.



### **3. OS USOS DOS CONECTORES E A ORIENTAÇÃO ARGUMENTATIVA**

Sustentado por fatores que possibilitam o seu entendimento, a sua compreensão: o pragmático – cujo interesse reside em saber quem está falando, quem é o produtor, pois o seu significado está em função da intenção desse produtor e só se dá, se contextualizado; o semântico – que é responsável por estabelecer uma unidade significativa; o formal – constituído pela combinação das estruturas gramaticais e lexicais, o discurso é construído, mas necessita da realização das conexões que exigem tanto a organização de uma sequência lógica dos elementos linguísticos responsáveis pelas relações de sentido estabelecidas entre as sentenças, quanto o cuidado com a unidade dos elementos do universo textual.

Tais conexões estão, portanto, diretamente ligadas a noções semânticas e as relações que surgem delas podem ser/estar expressas por conectivos, embora a responsabilidade dos sentidos impressos nos discursos se deva à interação dos interlocutores do/no processo discursivo e da situação de comunicação em que ele se dá. A constituição do discurso depende, portanto, de um conjunto de elementos que sustentam a sua relação de significação com o mundo.

Os conectores textuais fazem parte desse conjunto e têm uma função muito maior do que enfeitar ou apenas organizar um texto. Seu uso consiste, principalmente, em permitir o acesso a informações necessárias às inferências. Podemos afirmar, portanto, que o hiato entre a intenção e a expressão pode se tornar menor quando elementos linguísticos como os conectores são usados adequadamente e deixam clara a relação pretendida por quem produz o texto, visto que desempenham funções bastante complexas, permitindo observar tanto o nível da textura, como o semântico e o da enunciação, além da orientação argumentativa.

No texto escrito não há espaço para questionamentos, por isso, qualquer conexão inadequada pode contribuir para sua incoerência. A escolha e uso adequado dos conectores, ou seja, de palavras ou expressões que ligam, articulam, promovem a transição entre palavras, frases, orações, períodos, parágrafos é fundamental para que a intencionalidade seja alcançada e, em decorrência, a aceitabilidade.

Principalmente no que tange à conexão de ideias mais complexas, destacamos entre os conectores, as conjunções coordenativas e subordinativas, cujos sentidos podem variar de acordo com o contexto em que estão inseridas. Para a construção das estratégias argumentativas, um dos mecanismos para a sua estruturação é a organização dos períodos e das orações e o processo de combinação pode ser feito por tanto por coordenação como por subordinação.

Usamos a coordenação a fim de que as relações gerem uma linguagem em que prevaleça a afetividade, apropriada, principalmente, para a transmissão de estados emocionais do enunciador. Além disso, constitui-se de períodos sintaticamente autônomos e com sentido próprio, ou seja, sintática e semanticamente independentes. A escolha entre os tipos de construção depende, portanto, da natureza do discurso.

Já o uso das construções subordinadas é mais apropriado para linguagens informativas ou intelectivas, pois possuem maior rigidez lógica e, em decorrência, tem-se um texto com maior objetividade. Se a natureza do discurso for uma defesa jurídica, por exemplo, a escolha da subordinação deve prevalecer, tendo em vista o estilo mais formal e a logicidade que se exige nessa modalidade discursiva.

#### **4. O USO DAS CONTRASTIVAS NAS PETIÇÕES INICIAIS**

O binômio língua/sociedade é premissa fundamental para a realização do estudo da estrutura linguística utilizada nos discursos, de um modo geral, uma vez que o comportamento da palavra nesse espaço discursivo constrói, combinado a outros recursos, a imagem do enunciador, da classe que represente e de seu coenunciador destinatário. Nesse sentido, os conectores textuais adversativos e concessivos quando associados a um contexto linguístico, histórico e social pode ter seu valor semântico alterado, visto que funciona como um encadeador discursivo tradutor da intencionalidade enunciativa.

Quando evocam apenas a simples oposição de conteúdos estariam, nesse caso, esvaziados de valor argumentativo, mas ao quebrar uma expectativa pela total negação do que previa o enunciado antecedente ou consequente, imprimem ao discurso opinião e valores que orientam a argumentação.

## Algumas análises Fragmento - ANEXO 1

(...)

*“Outrossim, como relatado alhures, diante da ineficiência preventiva do policiamento disponível no local, **apesar de** diversas vezes comunicados das insistentes de ameaças feitas por **XXX**, causou no espírito de uma pessoa simples e amedrontada após ter sofrido várias represálias, diante daquelas situações, a sensação de ser correto possuir uma arma para se defender, induzindo ao que a doutrina denomina **Erro de Proibição**, ou seja, faz com que ele entenda não existir uma relação de contrariedade entre sua conduta e o comando de uma norma jurídica. A pessoa passa a ter uma errônea compreensão da norma proibitiva, atuando sem conhecimento de que faz algo que a lei proíbe, ou conhece a proibição, **mas** acredita na existência da outra norma que excepcionalmente permita a conduta, **mas** que não existe, ou pensa agir dentro dos limites de uma justificativa penal que realmente existe no ordenamento.*

- *Apesar de* é a contrastiva subordinativa concessiva que quebra o argumento sobre a ineficácia policial, para introduzir outro que mostra não se justificar tal ineficácia, uma vez que já era do conhecimento da polícia as ameaças sofridas pelo acusado;
- mais que isso, pois é a partir de *apesar de* que se inicia a construção do caráter do acusado, subordinando a defesa de todas as ações subsequentes realizadas por ele, inclusive no que tange à sua compreensão de “certo” e “errado”, “legal” e “ilegal”
- em *mas acredita na existência da outra norma*, o conector contrastivo coordenativo adversativo *mas* é utilizado para introduzir algo que parece ser uma verdade inquestionável, embora absurda aos olhos de alguém com um pouco mais de conhecimento, seja linguístico ou legal;
- introduzindo a pró-tese, prepara o interlocutor para receber a tese, isto é, o fato mais importante, o argumento mais forte que irá desdizer o que foi dito, enfraquecendo a argumentação e efeito pretendido;

- *mas que não existe*, contesta, portanto, o próprio enunciador, pois o uso do *mas* introduz uma asserção inesperada que minimiza a importância do fato anterior;

## Fragmento - ANEXO 2

*Na busca, não foi encontrada com XXX qualquer entorpecente ou objeto que pudesse ligá-la à prática do citado crime. **Inobstante** isso, a autoridade policial houve por bem autuá-la em flagrante delito, entendendo que, por estar na companhia de demais suspeitos de tráfico e por ser o tráfico de drogas um crime permanente, ocorreu, na hipótese, flagrante impróprio ou quase flagrante.*

- O uso de *inobstante* é comum nos meios jurídicos, com o sentido contrastivo de *apesar de*;
- constitui um neologismo específico dessa área, por se tratar de palavra não dicionarizada;
- Napoleão Mendes de Almeida, importante e influente gramático e filólogo da língua portuguesa no século XX atribui a criação de *inobstante* à falta de amadurecimento do usuário, comparável à que deu origem a palavras que de igual modo não existem, como “aliasmente”. Seu uso deve ser, portanto, evitado, pois nada acrescenta à argumentatividade desejada.

## Fragmento - ANEXO 3

*Na hipótese dos autos, **contudo**, não há qualquer elemento concreto a convencer de que o denunciado possa colocar em risco a ordem pública, nem tampouco de que sua prisão seja necessária para a regular instrução criminal para a correta aplicação da lei penal.*

- *Contudo* introduz o argumento que rompe com quaisquer hipóteses anteriormente apresentadas sobre o caráter

do acusado, desqualificando possíveis argumentos que justificassem sua prisão;

- rompe com o tom cordial ao manifestar sua tese, que vai de encontro à anterior, como uma forma de retificar a imagem construída do acusado nos autos do processo.

#### **Fragmento - ANEXO 4**

***Inobstante** nosso respeito ao honrado e culto representante do Ministério Público Federal subscritor da peça vestibular guerreada, **porém** asseverarmos a carência de justa causa referente à propositura da ação penal e inépcia da mesma no que se refere aos Artigos referidos na denúncia, conforme exigência dos Art. 41 do C.P.P, bem como, do Princípio Constitucional da Dignidade Humana, presente finalmente no Artº 1, inciso III da CRFB/88.*

- *Inobstante* é mais uma vez usado e de forma totalmente equivocada, uma vez que sua ocorrência nada acrescenta em termos semânticos à argumentação que se apresenta na tese principal, introduzida subsequentemente pelo contrastivo coordenativo adversativo *porém*;
- *porém* introduz uma relação semântica de restrição ao argumento anterior que expressa concessão (não devia, embora tenha respeito ao honrado e culto...);
- o novo argumento é o mais forte e conduz para a constituição de uma imagem contrária à que é apresentada sobre o representante do Ministério Público na inauguração da sentença.

## Fragmento - ANEXO 5

### **DEFESA PRELIMINAR**

*às acusações que lhe são imputadas na denúncia. Para tanto, expõe a defesa que se reserva no direito de apreciar o mérito da ação quando das alegações finais, ocasião em que apresentará os fundamentos de fato e de direito que evidenciam a total improcedência das acusações e a conseqüente inocência dos acusados.*

**Entretanto**, ressalta que, conforme já citado no Pedido de Liberdade Provisória, os acusados possuem bom antecedentes, residência fixa, XXX é estudante e XXX, açougueiro, não tendo qualquer tipo de participação no ocorrido, sendo e u conforme depoimento da testemunha, XXX, Policial Militar, o XXX foi encontrado sem qualquer tipo de instrumento que o levasse a crer que praticou tal delito.

a conexão realizada pelo operador argumentativo *entretanto* contrapõe argumentos que apontam para conclusões contrárias;

- ressalte-se, portanto, o valor conclusivo e opositivo desse operador que se dá de forma concomitante;
- apesar de menos comum, ele abre o período em coordenação, trazendo um argumento que afirmara apresentar somente nas alegações finais, contradizendo-se em seu próprio discurso, mas justificado pela necessidade de iniciar a construção da imagem positiva do acusado.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo procurou analisar o comportamento dos operadores argumentativos contrastivos, tendo como foco a intencionalidade discursiva, a partir das relações que se pode estabelecer para a legitimação do discurso. Criada com o objetivo primeiro de decalcar a realidade, a palavra transforma-se quando assume a função do dizer e, uma vez que se associa a outras palavras e insere-se em um determinado contexto, representa o homem diante de outro homem na construção de uma história e de uma imagem. A palavra assume, também, o seu papel discursivo, com possibilidades várias de sentidos para o que se é

dito, uma vez que estruturada dentro de um contexto impregnado de ideologias capazes de construir imagens tanto individuais, quanto institucionais e que fazem parte da história de um Poder no Brasil.

A identidade discursiva, construída pelo sujeito enunciatador, visa a atender às necessidades que se impõem na argumentação, adequando discurso e enunciatador a um “como” agir e, desse modo, articulando um duplo espaço de estratégias: de “credibilidade” e de “captação”. (Silva, 2006, p. 118)

O que vale para o enunciatador é, portanto, sua credibilidade e ela pode estar relacionada tanto ao valor de verdade de suas asserções, quanto ao que ele realmente considera ser verdade, significando, portanto, que sua sinceridade deverá ser percebida pelos coenunciadores. Todavia, a aceitabilidade que se deseja dos interlocutores pode não ocorrer da forma prevista, caso estes considerem, por exemplo, que as premissas apresentadas são tendenciosas, ou de caráter unilateral, ou simplesmente não compatíveis com o que se defende ou propõe.

Entendemos, pois, que acordos são imprescindíveis para que uma tese seja compartilhada pelos coenunciadores, sejam elas realizadas quer com base em objetos relacionados à categoria relativa ao “real” – fatos, verdades e presunções – quer nos relacionados à do “preferível” – valores, hierarquias e lugares do preferível. Identidades individual e institucional do enunciatador no processo discursivo em que toma a palavra, de que é a voz e seu legítimo representante diante de determinado interlocutor/destinatário são construídas no discurso, na sua eficiência ou deficiência.

Quando pensamos em acordos da argumentação, pensamos em Charaudeau (2009, p. 60) quando afirma que o *Contrato de comunicação* é “o ritual sociolinguageiro do qual depende o *Implícito codificado*” e que o conjunto de normas que formulam esse contrato estabelece o *modus agendi* dos sujeitos da linguagem e, em vista disso, as estratégias discursivas devem ser estudadas em função do que o Contrato impõe. Afirma ainda que “As circunstâncias que determinam o Contrato de Comunicação são de ordem sócio-institucional” (idem, p. 61).

Nesse sentido, para o sucesso da argumentação, deve o sujeito argumentante proceder escolhas discursivas que visem a fortalecer o seu discurso, a imagem que pretende construir por meio dele e, em decorrência, a aceitabilidade. Afirma Fiorin (2007, p. 18) que o discurs-

so abriga o campo de manipulação consciente e o da determinação inconsciente.

*A sintaxe discursiva é o campo da manipulação consciente. Neste, o falante lança mão de estratégias argumentativas e de outros procedimentos da sintaxe discursiva para criar efeitos de sentido de verdade ou de realidade com vistas a convencer seu interlocutor. O falante organiza sua estratégia discursiva em função de um jogo de imagens: a imagem que ele faz do interlocutor, a que ele pensa que o interlocutor tem dele, a que ele deseja transmitir ao interlocutor etc. (...)*

*O campo das determinações inconscientes é a semântica discursiva, pois o conjunto de elementos semânticos habitualmente usado nos discursos de uma dada época constitui a maneira de ver o mundo numa dada formação social. Esses elementos surgem a partir de outros discursos já construídos, cristalizados e cujas condições de produção foram apagadas. (...)*

Os recursos linguísticos que apoiam as estratégias argumentativas reforçam a eficácia discursiva quando conseguem envolver, convencer e persuadir o interlocutor. O enunciador precisa ter sua identidade reconhecida, porque é ela que lhe confere o “direito à palavra”, funda sua legitimidade e o autoriza a agir por outros sujeitos e do modo pelo qual age. Conquistar, portanto, a legitimidade é corresponder também às normas institucionais que respondem pelo domínio da prática socio-comunicativa e que estabelecem as funções, os lugares e os papéis de cada enunciador.

Para Aristóteles (2005, p. 33-34),

*Obtém-se a persuasão por efeito do caráter moral, quando o discurso procede de maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de confiança. As pessoas de bem inspiram confiança mais eficazmente e mais rapidamente em todos os assuntos, de um modo geral; mas as questões em que não há possibilidade de obter certeza e que se prestam a dúvida, essa confiança reveste particular importância. É preciso também que este resultado seja obtido pelo discurso em que se intervenha qualquer preconceito favorável ao caráter do orador. (...) ...o caráter moral deste constitui-se, por assim dizer, a prova*



*determinante por excelência. Obtém-se a persuasão nos ouvintes, quando o discurso os leva a sentir uma paixão porque os juízos que proferimos variam, consoante experimentamos aflição ou alegria, amizade ou ódio. (...) Enfim, é pelo discurso que persuadimos, sempre que demonstramos a verdade ou o que parece ser verdade, de acordo com o que, sobre cada assunto, é suscetível de persuadir.*

Silva (2006, p. 97) entende que só se persuade, portanto, pela e na ação da palavra, pois nesse movimento – realizado quer por hábito, disposição ou acaso –, o homem revela o desejo de alcançar um fim determinado e procura agir com desenvoltura para atingi-lo. Na atividade argumentativa, dispõe-se a elaborar um diálogo que defina de forma clara seus objetivos e atinja o intelecto de seu interlocutor, de modo que sua inserção nessa Arte, que é uma constante em sua vida, valha a pena, embora só o satisfaça quando alcança o êxito pretendido, ou seja, o resultado que todos os homens desejam ao exporem suas teses, defesas, acusações (Aristóteles, 2005, p. 29).

## REFERÊNCIAS

ABREU, Antônio Suárez. *A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção*. Cotia: Ateliê Editorial, 2002.

ARISTÓTELES. *A arte retórica*. Trad. Godofredo Telles Júnior. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S.A., s.d.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. *Introdução à análise do discurso*. – 8ª edição – Campinas, SP: Editora da INICAMP, 2002.

\_\_\_\_\_. *Subjetividade, argumentação, polifonia. A propaganda da Petrobrás*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 1998 – (Prismas).

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. Trad. Fabiana Komesu e Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2006, p. 114.

\_\_\_\_\_. *Identité sociale et identité discursive, Le fondement de La compétence communicationnelle*. In: Gragoatá, Niterói, nº 21, p. 339-354, 2º sem. 2006.

\_\_\_\_\_. *Linguagem e discurso: modos de organização*. [Coordenação da equipe de tradução Angela M. S. Corrêa & Ida Lúcia Machado]. – 1ª Ed., 1ª reimpressão – São Paulo: Contexto, 2009.

CHARAUDEAU, Patrick & MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Coordenação da tradução Fabiana Komesu. 2. ed. – São Paulo: Contexto, 2006.

CHAROLLES, Michel. *Introduction aux problèmes de la coherence des textes*. Pratiques, Paris: Larousse, n. 38, p. 7-41, 1978

CITELLI, Adilson. *Linguagem e Persuasão*. 7ªed. São Paulo: Ática, 2003.

DAMIÃO, Regina Toledo e HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. São Paulo: Atlas, 2003.

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.

DUCROT, Oswald. *O dizer e o dito*. Campinas, SP: Pontes, 1987. ISBN 85-7113-002-7

FAVERO, Leonor Lopes. *Coesão e Coerência Textuais*. 7 ed. São Paulo: Ática, 1999.

\_\_\_\_\_. e KOCH, Ingedore Villaça. *Linguística Textual: Introdução*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

FIORIN, José Luiz. *Elementos da análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 1999.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2009.

KOCH, Ingedore Villaça. *A Coesão Textual*. 5 ed. São Paulo: Contexto, 1992.

\_\_\_\_\_. *Texto e Coerência*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1995.

\_\_\_\_\_. *Argumentação e Linguagem*. – 5ª Ed. – São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_\_. *A inter-ação pela linguagem*. 5. ed. – São Paulo: Contexto, 2000.

LEVY, Maria Stella Ferreira. "Duas sentenças judiciais sob a ótica da linguagem." In: PAULINO, Daniel ET AL.; Maria Stella Ferreira Levy (org.) *Linguagem e suas aplicações no Direito*. São Paulo: Paulistana Editora, 2006.

MAINGUENEAU, Dominique. *Análises de textos de comunicação*. Trad. Cecília P. de Souza-e-Silva, Décio Rocha. São Paulo: Cortez: 2001, p. 55.

\_\_\_\_\_. *Termos-chave da análise do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

\_\_\_\_\_. *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.

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.

VANOYE, Francis. Usos da linguagem: problemas e técnicas na produção oral e escrita. coordenação da edição brasileira Haqira Osakabe; tradução e adaptação Clarisse Madureira Sabóia – 11ª ed. – São Pulo: Martins Fontes, 1998.

# DA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO

<sup>1</sup>Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

<sup>2</sup>Allana Cabral Gontijo Barbosa

<sup>2</sup>Ana Beatriz César Aguiar

<sup>2</sup>Lucas Diniz Santos

## RESUMO:

O presente trabalho tem por escopo examinar os aspectos do instituto da guarda compartilhada, no ordenamento jurídico brasileiro, que consiste na divisão igualitária das funções parentais entre os genitores, em relação aos filhos incapazes, tornando ambos detentores da guarda, seja após a dissolução da sociedade conjugal, ou ainda, nos casos, em que os pais nunca foram um casal de fato. Também é objeto desta pesquisa a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, acerca da imposição da modalidade de guarda compartilhada como regra, independentemente da existência de consenso entre os genitores. Não obstante não haver concordância na doutrina quanto à aplicação da modalidade abordada como regra, foi verificado que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecendo sobre os interesses dos pais, sendo assim, caso os pais vivam em constante litigiosidade e não possuam diálogo saudável, deverá a guarda compartilhada ser convertida em unilateral.

## PALAVRAS-CHAVE:

Guarda compartilhada.

---

1 Advogada inscrita na Ordem dos Advogados/RJ. Licenciada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, agraciada com bolsa de mérito pela melhor média do curso, no curso de Direito, no primeiro ano de graduação pela Universidade Católica de Petrópolis. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa-UBM. Pós graduada *Lato sensu* em Direito Civil, Empresarial e Processual Civil, pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Ensino em Ciências da Saúde e Meio Ambiente pelo Centro Universitário de Volta Redonda – Unifoa. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – Unifoa.

2 Advogados inscritos na Ordem dos Advogados/RJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda- Unifoa.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo visa pormenorizar o instituto da guarda compartilhada, no âmbito do direito de família, a partir de detalhamentos sobre a sua evolução, os princípios aplicáveis, as diferenças entre as demais modalidades de guarda existentes, assim como a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Também é objeto deste estudo constituir uma reflexão em torno da imposição dessa modalidade de guarda como regra, pelo Poder Judiciário, após o fim da sociedade conjugal, independentemente, de consenso entre os genitores.

Trata-se de uma interpretação feita através de ponderações entre o melhor interesse da criança e do adolescente, e a vontade dos pais pela detenção da guarda de seus filhos. Já que muitas vezes, os genitores utilizam a prole como “mecanismo” de vingança para atingir ao outro genitor, em decorrência das mágoas sofridas com a dissolução da sociedade conjugal, e mesmo nos casos em que os genitores nunca formaram um casal de fato, sem priorizar, eficazmente, o melhor para os filhos.

O presente trabalho se justifica, tendo em vista que cada vez mais as relações afetivas têm sido marcadas pela intensidade das emoções, e não pela perpetuidade das mesmas, fato que repercute diretamente nas relações familiares, ocasionando um abarrotamento das Varas de Família, em todos os Estados da Federação, por litígios referentes à guarda de filhos.

Ante o presente panorama, descrito acima, é relevante buscar respostas para a seguinte questão jurídica: a guarda compartilhada, quando não é fruto de consenso entre os pais, sendo imposta pelo Poder Judiciário, atende ao melhor interesse do menor?

## **2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA**

O casamento é uma instituição presente no direito privado, tendo sofrido diversas transformações no decorrer do tempo. Inicialmente, só existia o casamento religioso, o qual era permitido apenas aos católicos.

Já no ano de 1891, ocorreu o surgimento do casamento civil. Ainda sofrendo com as influências religiosas, o matrimônio era tido como

indissolúvel, conservando para si um caráter sagrado. A única forma de constituição de família, segundo o Código Civil de 1916, era através do casamento, não havendo nenhuma outra modalidade de convívio aceitável. Em decorrência de tal fato, a possibilidade de romper com o casamento se dava através do desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial, impossibilitando a realização de um novo casamento.

O surgimento da Lei do Divórcio trouxe consigo duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Inicialmente, era exigido o decurso de longos prazos ou a identificação de um culpado, na tentativa de manutenção da entidade familiar. O divórcio provocou uma revolução na estrutura social, levando a Constituição de 1988 a ampliar o conceito de família para além do casamento<sup>3</sup>.

A Constituição Federal de 1998 transformou o conceito de família, protegendo todos os seus membros de forma igualitária. Estendendo tal proteção à união estável entre o homem e a mulher e à família monoparental, assim como, passou a garantir os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não do casamento, ou ainda por adoção.

A morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio passaram a ser formas de pôr fim à sociedade conjugal. Sendo que a dissolução do casamento válido, somente se dá com a morte e com o divórcio, nos moldes do art. 1571, § 1º do Código Civil. Em decorrência deixou de haver a necessidade de longos prazos e de identificar motivos para acabar com o vínculo criado a partir do casamento, vez que acabando o afeto, o casamento deixa de ter razão para existir. E mais, o afeto passa a ser o elemento primordial e a única razão para a permanência das uniões, tanto que a jurisprudência pátria e Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça admitem o casamento de casais homoafetivos<sup>4</sup>.

De acordo com Maria Berenice Dias, a presença do afeto para a definição de família tornou-se indispensável, como se verifica, *in verbis*:

*Nos dias de hoje, o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometi-*

---

3 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. ed. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 145-146.

4 DIAS, *op. cit.*, p. 32.

*mento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento.*<sup>5</sup>

No que tange aos filhos, o termo “pátrio poder” que remonta ao direito romano “*pater potesta*” refere-se ao poder do pai, em relação aos filhos. O Código Civil de 1916 garantia o pátrio poder ao marido, sendo este considerado o chefe da família matrimonial. A mulher só adquiria o poder familiar com relação aos filhos, nos casos de falta ou impedimento do marido. A viúva, caso viesse a se casar novamente, perdia o pátrio poder em relação aos seus próprios filhos.

Em se tratando de guarda, a lei do divórcio também privilegiava o cônjuge inocente, porém a própria lei admitia exceções nos casos de motivos graves, sendo facultado ao juiz decidir.

A Constituição Federal assegurou os direitos e deveres iguais ao homem e a mulher, ao consagrar o princípio da igualdade, no que diz respeito à sociedade conjugal, garantindo a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. Resultando, assim, em reflexos significativos no poder familiar.

Dessa forma ambos os genitores passaram a ter condições igualitárias no que diz respeito ao poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor. Na hipótese de divergência entre eles, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz, a fim de resguardar os interesses e a proteção dos filhos menores. Esse poder conferido igualmente aos genitores, se faz necessário, segundo Maria Helena Diniz, *in verbis*: “Uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses regendo sua pessoa e seus bens”<sup>6</sup>.

Todos os filhos menores de 18 anos estão sujeitos ao poder familiar. Aqueles que são maiores, mas considerados incapazes, estão sujeitos à curatela, podendo os pais, separadamente ou juntos serem nomeados curadores. Entretanto, um descuido ocorre por parte do legislador, quando se trata do poder familiar, em relação aos filhos havidos fora do casamento. Nesses casos, a guarda do filho é condicionada à concordância do cônjuge genitor.

---

5 *Ibidem*, p. 131.

6 *Idem*.

Mesmo o Código Civil tendo elegido a expressão poder familiar, ao referir-se à igualdade entre o homem e a mulher, esta não satisfaz. Visto que a ênfase no poder permanece, sendo apenas deslocado do pai para a família. Melhor seria falar em dever familiar, algumas doutrinas adotam outras possibilidades de termo como autoridade parental ou responsabilidade parental. Tais expressões refletem a importante mudança que advém da consagração constitucional da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF/88, artigo 227). Os filhos passaram então de objeto de poder a sujeito de direitos, modificando o conteúdo do poder familiar em face do interesse social que envolve<sup>7</sup>.

Ainda que o poder familiar seja considerado uma expressão contemporânea, ela é amplamente criticada, pois a palavra “poder” carrega consigo um sentido pejorativo de subordinação e não é este o objetivo do poder familiar, mas sim que os genitores forneçam à criança educação básica, higiene, saúde, lazer e afeto, visando seu desenvolvimento físico e psicológico de forma saudável.

O poder familiar é um misto de dever e poder e guarda relação com o instituto jurídico da guarda em si, que é definida, pelo seguinte modo por Silvio Rodrigues<sup>8</sup>:

*A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.*

A partir desta definição, fica claro que ambos os genitores são responsáveis pela guarda do filho.

A utilização do termo “guarda”, entre demais aplicações, tem como finalidade discernir o ato de vigiar ou cuidar de alguém ou alguma coisa. Quando presente no âmbito do direito das famílias, ao se tratar da definição da “guarda” de filhos, decorrem significativas dificuldades, visto que neste caso, a proteção legal se direciona a uma pessoa e não especificamente a uma coisa.

---

7 DIAS, *op. cit.*, p 461.

8 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344.



As situações que envolvem a decisão da guarda de crianças e adolescentes são consideradas complexas, pois abrangem sentimentos e emoções de todos os atores que participam do processo.

A expressão “guarda” remete-se a um sentido de proteção e segurança. Surge como um direito e dever originário dos pais e passa ser um pressuposto que proporciona o exercício das funções parentais, observadas em dispositivos do próprio Código Civil que abordam sobre o poder familiar<sup>9</sup>.

Durante a constância do casamento ou em qualquer outra forma de entidade familiar, na qual se tenha a presença de filhos menores de idade, o exercício da guarda é comum. Há uma presunção que as decisões tomadas por um dos pais são simplesmente aceitas pelo outro. Entretanto, os problemas aparecem com a ruptura da harmonia entre os responsáveis, já que as funções parentais se dividem e as decisões que antes eram tomadas em conjunto, tornam-se unilaterais. Nesses casos, ao genitor que discordar cabe socorrer-se ao Judiciário.

Diversas dúvidas decorrem no momento da desavença, como por exemplo: qual dos genitores seria o mais “adequado” para deter exclusivamente a guarda dos filhos? Ou ainda, qual o melhor modelo de guarda a ser aplicado em benefício deles?<sup>10</sup>

De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1987, as ações relativas às crianças e aos adolescentes, sejam elas levadas a efeitos por instituições públicas ou privadas de bem estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem-se levar em consideração primordialmente o maior interesse da criança ou do adolescente.

Oportuno uma breve digressão sobre o princípio do melhor interesse do menor, consagrado, no artigo 227, da Constituição Federal de 1988 conforme previsto, que:

*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 ne-*

---

9 ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

10 *Ibidem*, p. 48.

*gligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*<sup>11</sup>.

Esses direitos e garantias que devem ser assegurados pelas famílias, pela sociedade e pelo Estado encontram-se regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como ECA (Lei nº 8.069/1990). De acordo com o mesmo Estatuto considera-se criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente aquele que possui entre 12 e 18 anos de idade. No que tange ao jovem, o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.825/2013), reconhece amplos direitos às pessoas com idade entre 15 e 29 anos<sup>12</sup>.

O ECA traz um conjunto de normas, reconhecendo os menores como sujeitos de direitos<sup>13</sup>. Dessa maneira, o artigo 3º garante que crianças e adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, o superior interesse da criança e do adolescente deve se atentar para vários aspectos, dentre eles a qualidade de suas relações afetiva, sua estabilidade e segurança, como se verifica, *in verbis*:

*Há aspectos a serem atendidos e observados, para garantia do superior interesse da criança, como o desenvolvimento físico e moral do infante, a qualidade de suas relações afetivas, sua inserção no grupo social, sua estabilidade, sua segurança, os atributos pessoais dos genitores, inclusive suas condições morais e materiais*<sup>14</sup>.

Ao se falar em definição do exercício da guarda, é indispensável a análise de qual alternativa seria a mais apropriada para a formação e o desenvolvimento da criança ou do adolescente, visto que o bem jurídico a ser preservado é exatamente o melhor interesse dos mesmos.

---

11 BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>

12 TARTUCE, *op. cit.*, p. 22.

13 DIAS, *op. cit.*, p. 50.

14 ROSA, *op. cit.*, p. 49.

Tem-se como critério norteador, na definição da guarda, a vontade dos genitores. Entretanto, não se pode atribuir unicamente ao meio familiar a determinação de quem continuará com os filhos em sua companhia. A guarda inclusive pode vir a ser conferida a outra pessoa, preferencialmente, a um membro da família extensa que possua compatibilidade com tal medida e é claro que tenha afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente<sup>15</sup>.

Ainda que se deva levar em consideração a vontade dos genitores, não se pode deixar de ponderar o momento de instabilidade emocional em que os mesmos se encontram após a separação. Já que muitas vezes, a fragilidade instaurada repercute nos próprios filhos, que em diversas situações acabam sendo utilizados como instrumentos de vingança, em decorrência das mágoas acumuladas de seus pais.

No que tange à definição da guarda e da visitação, aquilo que for acordado entre eles depende de chancela judicial, após ouvir o Ministério Público. Assim, são indispensáveis na ação de divórcio que se defina tais questões, não só quando se tratar de divórcio consensual, mas também nos casos de litígio, como também nas dissoluções de união estável. Ao juiz cabe sempre mostrar as vantagens da guarda compartilhada e ao reconhecer que o modelo de guarda conciliado pelos pais não atende ao melhor interesse dos filhos, aplicar-se-á a guarda compartilhada<sup>16</sup>.

O ideal seria que entre os pais houvesse consenso e harmonia na convivência e no trato de questões atinentes à criança ou ao adolescente, para a efetividade da guarda compartilhada. Acontece, porém, que muitas vezes o ex-casal, ou quando, nem sequer os pais formaram um casal, de fato, não se suportam.

Ainda assim, mesmo diante de clara desarmonia entre os genitores, segundo Maria Berenice Dias deve-se utilizar a ponderação de interesses para se chegar à solução, impondo-se a guarda compartilhada, pelo melhor interesse do menor, em detrimento da vontade dos pais de não mais terem que conviver um com o outro.

---

15 DIAS, *op. cit.*, p. 523.

16 DIAS, *op. cit.*, p. 523.

### 3. GUARDA UNILATERAL E GUARDA COMPARTILHADA

Não obstante a doutrina indicar vários modelos de guarda, tais como, guarda unilateral, guarda alternada, guarda nidação ou aninhamento, guarda de terceiros e guarda compartilhada, no presente trabalho, tratar-se-á somente da guarda unilateral e da guarda compartilhada, como ver-se-á a seguir:

A guarda unilateral, segundo o artigo 1.583, § 1º do Código Civil, é aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua. Nesses casos, o guardião não possui somente a custódia física do filho, mas também a exclusividade nas decisões, quando se tratar de questões relativas à vida da prole, cabendo ao outro genitor o direito à visitação, inclusive, o direito de exigir prestação de contas, quanto ao emprego da pensão paga ao menor.

De acordo com o art. 1.584, I do código civil, a conferição da guarda a um só dos genitores, ao estabelecer a fixação de um regime de convívio, pode dar-se a consenso de ambos. Entretanto, mesmo que isso ocorra, na audiência o juiz deve prestar informações aos pais sobre a importância e o significado da guarda compartilhada (CC 1.584 § 1º)<sup>17</sup>.

Antes tida como regra, a guarda unilateral passou a ser aplicada em caráter excepcional. Dessa forma, quando ambos os pais possuírem aptidão para o exercício do poder familiar, deverá ser aplicada a guarda compartilhada, salvo, se um dos genitores declarar, em juízo, que não deseja a guarda do filho, como previsto no artigo 1.584 § 2º do Código Civil<sup>18</sup>.

O genitor que não possuir a guarda poderá estar presente na companhia de seus filhos, em períodos determinados, através de consenso ou firmados pelo juiz, assim como supervisionar sua manutenção e educação, conforme disposto no artigo 1.589 do Código Civil. O que pode ser comprovado, já que as escolas possuem o dever de informar, até mesmo ao genitor não guardião, sobre a frequência e o rendimento da criança e do adolescente como aluno.

Apesar de se tratar da guarda unilateral, o genitor não guardião, não terá prejuízo ao direito de ter uma comunicação adequada com o filho e de fiscalizar sua educação. Ainda assim, ocorre uma redistribuição

---

17 *Ibidem*, p. 524.

18 ROSA, *op. cit.*, p. 56.

dos papéis parentais, sendo notória a abstenção do primordial de suas prerrogativas ao genitor que não detém a guarda.

Segundo Conrado Paulino da Rosa, mesmo que guarda seja unilateral, não se extingue os direitos e deveres do detentor não guardião, tendo este o direito de ser informado sobre as decisões do guardião, como pode ser observado, *in verbis*:

*Dessa forma, apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos<sup>19</sup>.*

Caso o filho seja reconhecido apenas por um dos pais, deterá a guarda aquele que o reconheceu, conforme disposto no artigo 1.612 do Código Civil. Dessa forma o mesmo exercerá a guarda na modalidade unilateral e constituirá a denominada família monoparental.

Entretanto, se o genitor for casado seu filho somente poderá viver no “lar conjugal” com o consentimento de seu cônjuge, de acordo com o previsto pelo art. 1.611 do Código Civil<sup>20</sup>.

Quanto à guarda compartilhada, esta foi inserida, em nosso ordenamento jurídico, por meio de Lei n. 11.698/2008, a guarda compartilhada alterou os artigos. 1.583 e 1.584 do Código Civil. Ainda assim, antes da referida alteração, essa modalidade de guarda já era observada em algumas decisões judiciais e também experimentada por diversos casais.

O que pode ser comprovado, tendo em vista que enquanto o código civil se encontrava, no período de *vacatio legis*, a I Jornada de Direito Civil, efetuou o Enunciado 101, o qual trata:

*Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda de filhos’, à luz do artigo 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança<sup>21</sup>.*

---

19 ROSA, *op. cit.*, p. 58.

20 DIAS, *op. cit.*, p. 524.

21 *Ibidem*, p. 63.

Já IV Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2006, aprovou o Enunciado 335, que versa: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”<sup>22</sup>.

Posto isto, a guarda compartilhada é a possibilidade, na qual o pai e a mãe dividem entre si as responsabilidades referentes ao filho, e esse terá a vantagem de conviver com ambos. Dessa forma, o filho irá possuir apenas um lar, porém seus pais irão estar sempre presentes em sua vida cotidiana, acompanhando seu desenvolvimento<sup>23</sup>.

A modalidade de guarda abordada estabelece ambos os genitores, do ponto de vista legal, como sendo possuidores da autoridade parental exercida sobre o filho, no que tange a todas as decisões que o afetam. Em tese, a guarda compartilhada se propõe a manutenção dos laços familiares, após a dissolução conjugal, além de ser uma tentativa de abrandar os efeitos que podem ser acarretados aos filhos, como exemplo a alienação parental.

Por conseguinte, toda vez que houver a possibilidade dos pais conseguirem superar as divergências relacionadas à companhia de seus filhos, estará se aplicando a medida ideal.

A guarda compartilhada traz a ideia de que a separação é somente da família conjugal e não da família parental, sendo assim, não é porque o casal encontra-se separado, que os filhos precisam se separar de seus pais também<sup>24</sup>.

Vale ressaltar que a guarda conjunta não é guarda repartida, ainda que a Lei da Guarda Compartilhada assegure uma maior divisão de tempo entre os genitores e seus filhos. A guarda e a convivência são institutos diferentes, sendo assim, a primeira se refere à forma de gestão dos interesses da prole, podendo ser em conjunto ou unilateral. Já a segunda, que antes era titulada como direito de visitas, trata sobre o tempo de convivência que cada genitor terá com os filhos, sendo fundamental o seu estabelecimento, em qualquer que seja a modalidade de guarda.

---

22 *Idem*.

23 TARTUCE, *op. cit.*, p. 252.

24 ROSA, *op. cit.*, p. 64.

A guarda compartilhada se propõe a obter uma convivência mais frequente entre pais e filhos, apesar do fim da sociedade conjugal e da sua moradia em lares distintos. Além de procurar fazer com que os genitores permaneçam sendo os responsáveis pela formação e pela criação de seus filhos. Logo, os genitores continuariam exercendo do mesmo modo o poder familiar, assim como ocorria, enquanto viviam juntos, dividindo as responsabilidades que compreendem suas funções parentais e as decisões referentes à prole<sup>25</sup>.

É fundamental que os pais se façam presentes na vida de seus filhos, e essa presença pode dar-se por meio de iniciativas corriqueiras, como por exemplo, levá-los ao colégio, ao médico, a atividades esportivas, ao shopping ou acompanhá-los em todas as atividades extracurriculares.

Dessa forma, a guarda compartilhada propõe-se a conservar os laços e a obter uma maior interação entre pais e filhos. Ademais, busca retomar a harmonia e a coparticipação dos genitores, nas questões relativas à formação e à educação de seus filhos, a fim de reduzir os efeitos negativos decorrentes do fim da sociedade conjugal.

Na modalidade tratada, é essencial que haja equilíbrio nas decisões tomadas pelos pais referentes à prole, além de um ambiente harmônico, assegurando o convívio familiar, não só, no que diz respeito à relação com os genitores, mas também com os demais parentes, sem se esquecer da convivência comunitária<sup>26</sup>.

Partindo-se do pressuposto que a guarda compartilhada e sua efetividade é objeto central da presente pesquisa, faz-se oportuno um maior aprofundamento desta modalidade de guarda, vez que na falta de consenso entre os pais, quanto à definição da guarda, e não havendo declaração expressa de um dos genitores de não querer a guarda, o juiz a aplicará, ainda que os genitores não tenham um convívio harmonioso, como se segue:

---

25 *Ibidem*, p. 66.

26 ROSA, *op. cit.*, p. 71.

A fase de definição legal da guarda compartilhada está prevista, no art. 1538 § 1º, do código civil, sendo assim definida:

*Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.*

*§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.*

Nesse momento, há que se atentar à fragilidade emocional, em que os pais e o próprio menor passam, em decorrência dessa separação, por isso é recomendado ao juiz que demonstre aos genitores os benefícios da guarda compartilhada, já que sendo esta adotada, se evitaria uma disputa pelos filhos. Logo, é notório que a aplicação da guarda compartilhada, no ordenamento jurídico pátrio é uma regra, tendo em vista que é dever do juiz, de acordo com art. 1584, § 1º do CC informar aos pais:

*Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:*

*§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.*

O legislador apontou a guarda compartilhada, como a preferencial, quando ambos os genitores estiverem aptos a exercê-la, a menos que um dos genitores declare, perante o magistrado, que não deseja a guarda do menor, como mencionado acima. Esta hipótese de exceção à regra está prevista no art. 1584, § 2º do CC:

*§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.*



Não havendo consenso e se nenhum dos genitores manifestar que não a quer, o juiz respaldando-se na lei a aplicará compulsoriamente.

A referida alteração, já mencionada em parágrafos anteriores, concretizou-se, porque o legislador acreditou que a guarda compartilhada tende a ser melhor, vez que garante a corresponsabilidade parental, ou seja, a responsabilidade de ambos os genitores, no que diz respeito à educação, à criação, à formação religiosa, à saúde e ao lazer do menor.

Segundo Maria Berenice Dias<sup>27</sup>, o objetivo da guarda compartilhada é manter os laços da afetividade, como se verifica, *in verbis*: “manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.”

Através do atual sistema jurídico brasileiro e diante do exposto nesta pesquisa, é possível concluir que a guarda compartilhada vem sendo adotada como regra, como solução para todos os problemas que envolvem a dissolução do casamento, por isso, vem sendo automaticamente deferida em muitos processos judiciais, sem que seja realmente analisado se essa divisão da guarda atenderá aos interesses do menor, que é o protagonista desse cenário.

Acontece porém, que existe uma parte da doutrina que acredita que a imposição deste instituto trará mais problemas, principalmente em casos onde existe desarmonia entre os pais. Para Flávio Tartuce<sup>28</sup>, a imposição é um lamento, como pode ser visto através de seu manifesto:

*Infelizmente, a lei 13.058/14 confirma essa última forma de pensar o Direito, impositiva, e acreditamos que trará mais problemas do que soluções, especialmente porque a modalidade que passa a ser obrigatória não é a guarda compartilhada, mas a guarda alternada. Imagine-se, por exemplo, as hipóteses de cônjuges que residam em locais distantes ou em cidades diferentes. Como impor uma alternância de lares em situações tais? Acredita-se que a norma simplesmente não terá aplicação em muitos casos concretos familiares.*

---

27 DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 9ª edição, pág. 454

28 <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>

Sendo assim, este instituto promissor pode ser considerado utópico, uma vez que depende de fatores subjetivos, como a harmonia e boa relação dos genitores, é necessário um mínimo consenso a respeito dessa divisão de tarefas.

Nessa seara de entendimento, ao invés de se atingir o melhor interesse do menor, o resultado pode revelar um desastre, vez que se os genitores não forem, suficientemente, maduros para deixar suas dores e ressentimentos de lado, e priorizar, única e tão somente, o bem estar da criança, a imposição da guarda compartilhada, nada mais será do que um campo fértil de desarmonias e desentendimentos, a atingir o equilíbrio e a higidez emocional do menor.

A guarda compartilhada, no entanto, pode ser revista, quando não atender aos interesses do menor, nos moldes da cláusula *rebus sic stantibus*.

No Direito Civil, no campo das relações contratuais, as partes buscam a segurança, uma vez que existem oscilações econômicas, em tempos modernos.

O princípio do *pacta sunt servanda* pode ser exprimido, no direito brasileiro, com a seguinte tradução: “os pactos devem ser cumpridos”. Em decorrência desse princípio, o contrato faz lei entre as partes e deve ser cumprido.

No século XIX, tal princípio era cumprido, de forma absoluta, nas relações contratuais, e, só apenas com caso fortuito ou força maior os contratos poderiam ser revistos. Ocorre que, após a 1ª Guerra Mundial, a cláusula *rebus sic stantibus* foi inserida, em virtude da alteração, no cenário mundial, em que a guerra gerou, o que tornou muitos contratos excessivamente onerosos para uma das partes.

A referida cláusula diz respeito ao fato das coisas serem retornadas ao que eram antes, com base na Teoria da Imprevisão, que é uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Segundo esta teoria, caso ocorresse em um contrato, após sua celebração, um fato imprevisível ou imprevisto que fosse capaz de prejudicar uma das partes de forma excessiva, poderia ocorrer a revisão deste contrato, pois as coisas não estavam como fora previsto, no momento inicial, isto é, no momento da celebração contratual.

É sabido que a sentença que homologa a guarda compartilhada não transita em julgado. Isso ocorre em virtude da cláusula *rebus sic*

*stantibus* e em decorrência do princípio do melhor interesse do menor, isto é, é possível que, após a sentença, deferindo-se a guarda compartilhada, se esta não estiver atendendo ao interesse do menor, esta sentença pode ser modificada e a guarda seja revertida à unilateral.

Insta salientar que a única finalidade de tal modificação é atender ao interesse da criança, não consistindo em uma penalização a um dos pais.

O referido princípio é matéria de ordem pública, não havendo a preclusão deste direito para criança. No momento, em que a modalidade de guarda imposta pelo juiz não esteja atendendo aos interesses do menor, é possível, a qualquer tempo, que seja modificada a modalidade, desde que seja provada, a razão pela qual, a criança está sofrendo prejuízo com a guarda estipulada.

Destaca-se que na ocasião de uma ação de alimentos envolvendo menor, o juiz ao sentenciar se baseia no binômio necessidade X possibilidade, isso significa que se por ventura a situação do alimentante mudar, repercutirá nos alimentos do menor.

Assim sendo, está implícita na sentença de alimentos a cláusula *rebus sic standibus*. Partindo-se desse pressuposto, nada impede que a guarda compartilhada, uma vez não produzindo os efeitos esperados, isto é, não atendendo aos interesses do menor, seja objeto de revisão.

#### **4. JURISPRUDÊNCIA**

Recentemente, o STJ enfrentou um caso, através de Recurso Especial, em que foi discutida a possibilidade de impedimento da aplicação da guarda compartilhada após a dissolução da sociedade conjugal.

A Relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, fundamentou com base na nova redação do artigo 1.584 § 2º do Código Civil, que dispõe sobre a aplicação da guarda compartilhada como regra, quando ambos os pais estiverem aptos ao exercício do poder familiar, ainda que não haja consenso entre eles. Sendo assim, a Ministra versa que o termo “será” contido na redação do dispositivo, não deixa margem para debater periférico, caso haja interesse de guarda compartilhada por um dos genitores.

Logo, a guarda compartilhada deverá ser o sistema eleito, salvo se um dos genitores vier a declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Os Ministros da Terceira Turma do STJ, por meio de decisão unânime, deram provimento ao recurso especial, *in verbis*:

*CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a **guarda compartilhada**, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da **guarda compartilhada**. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - *jure tantum* - de que se houver interesse na **guarda compartilhada** por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja **aguarda** do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC). Recurso conhecido e provido<sup>29</sup> (grifo do autor).*

O STJ teve a oportunidade de se manifestar, em outro Recurso Especial, dirigido à Terceira Turma, em que o Ministro relator foi João Otávio de Noronha. No caso julgado, se discutiu sobre a regra de imposição da aplicabilidade da guarda compartilhada, na falta de consenso entre os pais.

Baseando-se, no artigo 1.586 do Código Civil, o qual dispõe: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”. Sendo assim, embora a guarda compartilhada seja a regra, quando o desentendimento entre os genitores ultrapassar o mero dissenso, essa regra deverá ceder, *in verbis*:

*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A **guarda compartilhada** deve ser*

---

<sup>29</sup> ANDRIGHI, Nancy (relatora). Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1626495/SP, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016. Terceira Turma STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em 07/10/2015

*buscada no exercício do poder família entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a **guarda compartilhada** deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido<sup>30</sup>*

Em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de apelação civil (TJ-DF), o acórdão reformou a sentença que havia deferido a guarda compartilhada, convertendo-a em guarda unilateral, concedida à mãe, vez que os genitores viviam, em constante litigiosidade e não possuíam diálogo saudável, como se verifica, *in verbis*:

*APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA. UNILATERAL. COMPARTILHADA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. BEM-ESTAR DO MENOR. I – Dispensável a dilação probatória, pois o processo está devidamente instruído com as provas necessárias ao julgamento da lide. Rejeitada preliminar de nulidade do processo. II - A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado, no entanto a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. III - A guarda compartilhada pressupõe a divisão de responsabilidades dos genitores*

---

30 DE NORONHA, João Otávio (relator). Ministro do Superior Tribunal de Justiça. REsp 1417868/MG, julgado em 10/05/2016, Dje 10/06/2016, Terceira Turma STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em 07/10/2016

*quanto às decisões referentes ao filho, o que se torna impossível quando os pais vivem em constante litigiosidade e não possuem diálogo saudável. Reformada a r. sentença que fixou a guarda compartilhada para concedê-la de forma unilateral à mãe. IV – A ampliação do regime de visitas postulada pelo pai impõe um ônus excessivo sobre o filho, exigindo que ele esteja permanentemente em mudança de casa, o que geraria uma rotina cansativa, irrazoável e confusa. Mantida a regulamentação da r. sentença, que prestigiou o bem-estar da criança. Apelação da autora-genitora parcialmente provida. Apelação do réu-genitor desprovida.<sup>31</sup>*

Segundo entendimento da ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, a guarda compartilhada poderá deixar de ser aplicada nos casos em que o genitor vier a declarar que não deseja a guarda do menor e também quando houver uma decisão judicial suspendendo ou determinando a perda do poder familiar do genitor ou seja quando o genitor for considerado inapto para o exercício do poder familiar, como se verifica *in verbis*:

**GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES.** *A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado, prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial. Consiste a controvérsia em dizer se, à luz da atual redação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges não está apto a exercer o poder familiar. Inicialmente, importa declinar que a questão relativa à imposição da guarda compartilhada, a partir do advento da nova redação do art. 1.584, II, § 2º, do CC, deixou de ser facultativa para ser regra impositiva. No que toca às possibilidades legais de não se fixar a guarda compartilhada, apenas duas condições podem impedir-lhe a aplicação obrigatória: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; b) a*

---

31 ANDRIGHI, Vera (relatora) Ministra do Superior Tribunal de Justiça. APC: 20130110756488/DF, Data de Julgamento: 04/11/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/11/2015 . Pág.: 239) <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/257171997/apelacao-civel-apc-20130110756488>> Acesso em 04/05/2017

*incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. A primeira assertiva legal labora na linha do que é ululante, pois não se pode obrigar, sob vara, um genitor, a cuidar de sua prole. Contudo, do mesmo vício – obviedade – não padece a segunda condição, extraída, contra-rio sensu, do quanto disposto no art. 1.584, § 2º, do CC. O texto de lei, feito com a melhor técnica redacional, por trazer um elemento positivo: a condição necessária para a guarda compartilhada, aponta, em via contrária, para a circunstância que impedirá a imposição dessa mesma guarda compartilhada: a inaptidão para o exercício do poder familiar. E aqui reside uma outra inovação neste texto legal, de quilate comparável à própria imposição da guarda compartilhada, que consiste na evidenciação dos únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada: a suspensão ou a perda do poder familiar. A suspensão por gerar uma inaptidão temporária para o exercício do poder familiar (art. 1.637 do CC); a perda por fixar o término do Poder Familiar. Ocorre, porém, que ambas as situações exigem, pela relevância do direito atingido, que haja uma prévia decretação judicial do fato, circunstância que, pela íntima correlação com a espécie, também deverá ser reproduzida nas tentativas de oposição à guarda compartilhada. É dizer, um ascendente só poderá perder ou ter suspenso o seu poder/dever consubstanciado no poder familiar por meio de uma decisão judicial e, só a partir dessa decisão, perderá a condição essencial para lutar pela guarda compartilhada da prole, pois deixará de ter aptidão para exercer o poder familiar. Essa interpretação, que se extrai do texto legal, embora não crie uma exceção objetiva à regra da peremptoriedade da guarda compartilhada, tem o mérito de secundar o comando principal, pois se passa a exigir, para a não aplicação da guarda compartilhada, um prévio ou incidental procedimento judicial declarando a suspensão ou perda do poder familiar, com decisão judicial no sentido da suspensão ou da perda.<sup>32</sup>*

---

32 ANDRIGHI, Nancy (relatora). Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.629.994-RJ, julgado em 6/12/2016, Dje 15/12/2016. (Inf. 595)

## 5. CONCLUSÃO

A instituição do modelo de guarda compartilhada, no ordenamento jurídico brasileiro, apresentou significativas modificações na legislação civil, referentes ao direito de família e às relações familiares, principalmente, no que tange ao poder familiar.

O regime de guarda abordado surgiu da necessidade de solucionar o problema de convívio do genitor não guardião com seu filho, após a dissolução da sociedade conjugal, assim como as decisões de questões inerentes à vida da prole.

Desse modo, passou-se a priorizar a igualdade entre os cônjuges, visando o reequilíbrio dos papéis parentais. Ademais, o melhor interesse do menor se sobrepôs aos interesses dos genitores, principalmente, para garantir o atendimento de suas necessidades materiais, emocionais e afetivas.

A guarda compartilhada tem por escopo amenizar os danos sofridos pelos filhos em decorrência do rompimento da relação afetiva que unia os pais, garantindo, com igualdade, o exercício das funções parentais pelos genitores e o direito à convivência isonômica entre os genitores.

Essa modalidade de guarda tem por intuito, ainda, a divisão das responsabilidades relacionadas à prole, assim como propiciar a preservação dos laços de intimidade existentes entre pais e filhos.

É indiscutível que a convivência com ambos os pais proporciona um melhor desenvolvimento para as crianças e adolescentes, cujos pais optaram pela ruptura da sociedade conjugal, principalmente, no que se refere ao equilíbrio emocional e maior estrutura psicológica dos menores. São inúmeras as vantagens oferecidas pela modalidade de guarda compartilhada, tornando-a, em tese, o modelo ideal.

Entretanto, o alcance de uma convivência harmônica e saudável entre os genitores, após o fim da relação conjugal, é uma questão de grande complexidade. A guarda compartilhada, apesar de ser a situação ideal está longe de ser a realidade encontrada nas relações familiares.

Tal modalidade de guarda presume diálogos constantes por aqueles que a detém, sendo imprescindível, que seja exercida por casais, que mesmo separados, conseguem manter, minimamente, um certo grau de entendimento, civilidade e respeito mútuos, sem olvidar,



que a maturidade de ambos é condição *sine qua non* para a efetividade da guarda, para o atendimento ao melhor interesse do menor ou do adolescente.

A imposição da modalidade de guarda compartilhada, como regra, independente de consenso entre os pais, pode acabar acarretando prejuízos ao desenvolvimento dos filhos, tendo em vista que as relações familiares se diferem uma das outras, não existindo famílias "iguais" ao ponto de haver uma padronização do modelo a ser adotado.

Sendo assim, o ideal seria, que a escolha da modalidade de guarda, pelo juiz fosse realizada, diante do caso concreto, após avaliações por profissionais habilitados, tais como, assistentes sociais ou psicólogos, avaliando qual modalidade seria de fato a mais adequada para a família, em questão, atendendo as suas peculiaridades, buscando assim, sempre garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, que se encontra em meio ao litígio de seus pais.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy (relatora). Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1626495/SP, julgado em 15/09/2016, Dje 30/09/2016. Terceira Turma STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em 07/10/2015

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_, Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)> Acesso em 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_, Lei da Alienação Parental (2010). **Lei da Alienação Parental** Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)> Acesso em 15 jun. 2016.

\_\_\_\_\_, Lei n. 11.698 (2008). **Lei n. 11.698**. Brasília, DF: Senado Federal, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)> Acesso em 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_, Lei n. 13.058 (2014). **Lei n. 13.058**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)> Acesso em 15 set. 2016

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio e separação jurídica**: judicial e administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

COLTRO, Antônio Carlos Mathias Resinente dos *et al.* **Guarda Compartilhada**. 2 ed. São Paulo: Método: 2016.

DE NORONHA, João Otávio (relator). **Ministro do Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1417868/MG, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016, Terceira Turma STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em 07/10/2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vl. 5, ed. 30, São Paulo: Saraiva, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - famílias**. Vol. 6, 7, ed. revista ampliada e atualizada, São Paulo: Atlas S.A, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil 5 direito de família**. 10ª ed., São Paulo: método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, direito de família.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**, São Paulo: Saraiva, 1995.