

# Fenômenos Sociais e Direito

Kátia Lopes Mariano  
(Organizadora)



Kátia Lopes Mariano  
(Organizadora)

## FENÔMENOS SOCIAIS E DIREITO

---

Atena Editora

2017

2017 by Kátia Lopes Mariano

Copyright © da Atena Editora

**Editora Chefe:** Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Edição de Arte e Capa:** Geraldo Alves

**Revisão:** Os autores

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto (UFPEL)

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho (UnB)

Prof. Dr. Carlos Javier Mosquera Suárez (UDISTRITAL/Bogotá-Colombia)

Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior (UEPG)

Prof. Dr. Gilmei Francisco Fleck (UNIOESTE)

Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza (UEPA)

Prof. Dr. Takeshy Tachizawa (FACCAMP)

Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior (UFAL)

Profª Drª Adriana Regina Redivo (UNEMAT)

Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall'Acqua (UNIR)

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson (UTFPR)

Profª Drª Ivone Goulart Lopes (Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatric)

Profª Drª Lina Maria Gonçalves (UFT)

Profª Drª Vanessa Bordin Viera (IFAP)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

F339

Fenômenos sociais e direito / Organizadora Kátia Lopes Mariano. –  
Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2017.  
391 p. : 4.549 kbytes

Formato: PDF

ISBN 978-85-93243-34-9

DOI 10.22533/at.ed.3492208

Inclui bibliografia.

1. Cidadania. 2. Direito - Filosofia. 3. Direitos fundamentais.  
4. Problemas sociais. I. Mariano, Kátia Lopes. II. Título.

CDD-323.6

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

2017

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Atena Editora

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

E-mail: [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

## Apresentação

O Direito é um fenômeno que se verifica na realidade social e serve como um instrumento de mudança na ordem social. Os fenômenos sociais aliados à interdisciplinaridade das ciências sociais nos levam a um estudo de realidades sociais, políticas e econômicas distintas, contribuindo para o enriquecimento do conhecimento como um todo.

*Fenômenos sociais e Direito* é uma obra que apresenta reflexões compartilhadas por seus autores, as quais representam o resultado de estudos e pesquisas que produzem um processo de entrelace entre as Ciências Sociais e as áreas de especialidade do Direito, indo de encontro com o antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito).

Este *e-book* possui 23 artigos científicos, cujos autores, aqui reunidos, apresentam diversos problemas e conflitos sociais passando pelas áreas do direito ambiental, constitucional, do trabalho, previdenciário, civil, penal, processual e da sociologia jurídica. Cada artigo paira sobre uma temática e instiga a curiosidade de esmiuçar conhecimentos diversos.

O propósito dessa publicação é contribuir para a divulgação e reflexão acerca dos temas abordados pelos pesquisadores, assim, proporcionando o acesso e disponibilizando o conhecimento a todos.

É nesse viés que o presente livro nos traz a organização dos textos produzidos por diversos autores inseridos em distintas instituições de ensino, nos convidando à reflexão e ao debate a respeito dos temas aqui expostos.

Que a leitura dos textos componentes da presente obra atinjam a finalidade de difundir o conhecimento, contribuindo para a exploração e troca de pensamentos que os temas apresentados propiciam.

Desejo a todos uma proveitosa leitura!

*Kátia Lopes Mariano*

## SUMÁRIO

<b>Apresentação.....</b>	<b>03</b>
<u>CAPÍTULO I</u>	
A ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DAS MARCAS HISTÓRICAS AOS EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO <i>Ezequiel Anderson Junior e Gabriela Amorim Paviani.....</i>	<b>08</b>
<u>CAPÍTULO II</u>	
A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE DEMOCRÁTICA <i>Ana Cláudia Duarte Pinheiro e Nádilla Marques da Silva.....</i>	<b>29</b>
<u>CAPÍTULO III</u>	
A INCLUSÃO SOCIAL DOS AUTISTAS FACE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA EDUCAÇÃO <i>Yuki Lopes Tamura e Leila Cleuri Pryjma.....</i>	<b>43</b>
<u>CAPÍTULO IV</u>	
A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO <i>Túlio Santos Caldeira.....</i>	<b>58</b>
<u>CAPÍTULO V</u>	
A INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL <i>Mariana Viale Pereira.....</i>	<b>74</b>
<u>CAPÍTULO VI</u>	
A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO <i>Douglas Santos Mezacasa e Eduardo Roberto dos Santos Beletato.....</i>	<b>88</b>
<u>CAPÍTULO VII</u>	
A VIDA DE PABLO ESCOBAR E A ESFERA PÚBLICA: DIREITO AO ESQUECIMENTO E “NECESSIDADE” DE LEMBRAR <i>Maria Cláudia Cachapuz e Clarissa Carello.....</i>	<b>103</b>
<u>CAPÍTULO VIII</u>	
CIDADANIA: O DIREITO NEGADO ÀS MULHERES <i>Naiara Coelho.....</i>	<b>118</b>
<u>CAPÍTULO IX</u>	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATENDIMENTO ACAUTELATÓRIO SOB A ÓTICA DOS	

## DIREITOS HUMANOS

*Fernanda Ichikawa Claro Silva e Isabela Simões de Oliveira*.....132

### CAPÍTULO X

CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN

*Gualterberg Nogueira de Lima e Silva e Janaina Barcelos Corrêa*.....154

### CAPÍTULO XI

CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE

*Alexandre de Mendonça Nascimento*.....167

### CAPÍTULO XII

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE: NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

*Angelita Caroliny Vilela Salvador*.....187

### CAPÍTULO XIII

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

*José Flôr de Medeiros Júnior*.....205

### CAPÍTULO XIV

ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

*Bruno Bandeira de Vasconcelos*.....222

### CAPÍTULO XV

MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: uma questão de futuro e desenvolvimento social

*Elaine Cler Alexandre dos Santos e Heitor Romero Marques*.....238

### CAPÍTULO XVI

NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?

*Raquel Von Hohendorff, Paulo Júnior Trindade dos Santos, Wilson Engelmann e Daniela Regina Pellin*.....251

### CAPÍTULO XVII

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E GRATUIDADE JUDICIÁRIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Francisco Romero Junior e Heitor Romero Marques*.....268

CAPÍTULO XVIII

O DUMPING AMBIENTAL E O ÍLÍCITO LUCRATIVO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

*Giovana Mesquita Alves Cruz e Henrique Pinho de Sousa Cruz*.....281

CAPÍTULO XIX

OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS  
POLÍTICAS PÚBLICAS: o dever de proteção e promoção

*Luciana Oliveira de Campos*.....294

CAPÍTULO XX

OS GARIS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS: PROCESSO DE EXCLUSÃO E  
INVISIBILIDADE SOCIAL SOB A PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA

*José Manfroí, Gabriela Oshiro Reynaldo e Nicolas Addor*.....312

CAPÍTULO XXI

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO: NOVOS  
ATORES SOCIAIS E NOVA FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA

*Valquiria Palmira Cirolini Wendt e Emerson Wendt*.....330

CAPÍTULO XXII

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE  
PREVIDÊNCIA SOCIAL

*Bruna Bossay Assumpção Fassa*.....344

CAPÍTULO XXIII

PRECEDENTES VINCULANTES À BRASILEIRA: Da Reclamação como instrumento  
necessário à sua efetivação

*Guilherme Mungo Brasil*.....364

*Sobre a organizadora*.....385

*Sobre os autores*.....386

# **CAPÍTULO I**

## **A ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DAS MARCAS HISTÓRICAS AOS EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO**

---

**Ezequiel Anderson Junior  
Gabriela Amorim Paviani**

# A ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DAS MARCAS HISTÓRICAS AOS EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

**Ezequiel Anderson Junior**

Universidade Estadual de Londrina

Maringá - Paraná

**Gabriela Amorim Paviani**

Universidade Estadual de Londrina

Maringá - Paraná

**RESUMO:** Ao longo da história a mulher sempre foi submetida ao homem e vista a margem da sociedade pelo simples fato ser mulher. Tal condição sempre a acompanhou, sendo inegável a influência desta circunstância nas relações de trabalho. Não raras vezes esta foi privada de sua liberdade de escolha profissional, sendo discriminada nos mais diversos âmbitos do mercado de trabalho, recebendo, inclusive, um salário inferior ao seu paradigma masculino. Portanto, o escopo da presente trabalho, partindo-se da trajetória feminina na história, é analisar a atual situação da obreira no âmbito laboral e os efeitos da divisão sexual do trabalho. Utilizou-se, portanto, do método dedutivo, partindo-se do estudo da inserção feminina no mercado de trabalho à atual situação destas. Concluindo assim, apesar do decorrer do tempo, e das conquistas femininas advindas da luta constante das mulheres, em busca da tão sonhada inserção e igualdade, a discriminação, a distinção e o preconceito ainda se faz latente em tempos modernos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mercado de trabalho. Mulher. Discriminação. Atualidade

## 1. INTRODUÇÃO

A desigualdade é compreendida como a ausência de proporção e equilíbrio, sinônimo de irregularidade, desproporção e até mesmo inferioridade. É penoso saber que em pleno século XXI e após várias e incansáveis lutas para sua inserção no mercado de trabalho, as mulheres ainda sofrem com o preconceito.

Em recentes pesquisas realizadas pela OIT (Organização Internacional do Trabalho), hodiernamente, considerando uma média mundial, as mulheres recebem o equivalente a 77% dos salários dos homens, logo, se nenhuma medida for tomada, a igualdade salarial entre gênero somente será alcançada em 2086, ou seja, após 71 anos.

Assim, tendo como base tal realidade, o presente trabalho possui como objetivo central demonstrar a dura realidade da mulher brasileira no mercado de trabalho, a qual, não raras vezes, sofre discriminações e desigualdades pelo simples fato de ser mulher, bem como, partindo de uma perspectiva histórica, analisar as diferenças laborais e os efeitos da divisão sexual dentro do trabalho.

## 2. HISTÓRIA DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

Visando analisar a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como a desigualdade de gênero em tal âmbito, se faz imprescindível entender a história destas relações, tendo como ponto de partida a ideia de que o sistema patriarcal é fruto de uma evolução histórica.

A Pré-história tem como sinônimo 700 mil anos de história da humanidade, os quais se subdividem em dois períodos diferentes: Paleolítico (Idade da Pedra Lascada) e Neolítico (Idade da Pedra Polida). Sabe-se, por meio de estudos feitos por arqueólogos e historiadores, que em ambos os períodos mencionados houve predominância do sistema matriarcal, visto a importância e primazia da maternidade, bem como a necessidade de povoação.

Salienta-se que a estrutura familiar que conhecemos hodiernamente se fazia diferenciada daquela época, uma vez que cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres (ROCHA, 2009, p. 42), assim sendo, vê-se que não existia conhecimento sobre a descendência, principalmente ao que tange a paternidade.

O Paleolítico teve uma grande duração, em tal época as mulheres e homens faziam utensílios de pedras, e por serem nômades, viviam da caça e da coleta. Após a descoberta do fogo, os seres humanos tornaram-se mais independentes, pois podiam, além de cozinhar, espantar os animais e iluminar as cavernas. Em tal lapso, o modo de resolver conflitos e dividir os trabalhos era por meio da demonstração de força física. Assim, a divisão do trabalho era realizada por um conjunto de fatores, principalmente ao que tange o sexo e à faixa etária, logo as mulheres e idosos eram condicionados à coleta e ao cozimento de alimentos, já aos homens cabia-lhes a caça.

Apesar de a força física ser o principal divisório de funções e destaques, as mulheres ainda se apresentavam como líderes, sendo claro o sistema matriarcal, uma vez que esta liderança era advinda do seu grande papel como procriadora, sendo negociável a proteção por parte do sexo masculino.

Com o surgimento da agricultura, segundo historiadores, findava-se o período conhecido como Paleolítico, iniciando-se o Neolítico. Era o começo de uma revolução na história da humanidade, visto que com tal atividade os homens começaram a abandonar a caça e paulatinamente a se dedicar as atividades agrárias, preparando o terreno e as mulheres a semeá-lo, além de colher e preparar os alimentos.

Deve-se salientar que a invenção da agricultura é atribuída às mulheres, visto seu papel de cuidar dos filhos, bem como de preparar os alimentos, assim, elas empregaram-se ao aprimoramento das técnicas que melhorariam suas atividades diárias.

Em relação à arte no Neolítico, prevalecia a imagem da deusa, uma mulher com seios fartos, quadris largos, muitas vezes dando à luz, representando a concepção. Conforme ressalta a socióloga Patrícia Rocha “[...] a ausência de imagens de dominação ou de guerra na arte neolítica sugere uma organização social, em que indivíduos de ambos os sexos viviam em parceria igualitária”(ROCHA, 2009,

p. 45).

A principal característica da Pré-história era a concórdia entre homens e mulheres, estas eram reverenciadas por seu papel de reprodutoras e, apesar de haver preponderância do sexo feminino em diversas situações, não havia uma relação de subordinação dos homens em relação às mulheres. Cabe esclarecer que neste estágio o homem não conhecia seu papel na concepção.

Foi por meio da domesticação dos animais, haja vista a observância dos períodos de cios das fêmeas, bem como a prenhes e partos, que os homens descobriram sua incumbência imprescindível na concepção. A partir deste momento, o poder que as mulheres possuíam foi se desvanecendo, e o sexo masculino tornando-se autoritário e opressor. Era o fim o sistema matriarcal e igualitário e o início do sistema patriarcal. Atualmente, são quase irrisórias as sociedades matriarcais, com dados na Austrália, os chamados nagovisis, os minangkabaus, na Indonésia, os kshasis do norte da Índia, e por fim os Ede, do Tibet(ROMANZOTI, 2014).

Neste sentido, entende-se que o patriarcado é um meio de dominação das mulheres pelos homens por força do gênero, ou seja, “[...] trata-se de um sistema autoritário, cuja ausência de liberdade pessoal afeta ambos os sexos, de um lado as mulheres, as quais devem ser submissas e acatar ordens tidas como indubitáveis, e do outro os homens, que ficam restritos quanto os modos de expressarem-se”(ROCHA, 2009, p. 10).

Por sua vez, na Antiguidade oriental a mulher era considerada como uma propriedade masculina, não possuindo qualquer tipo de direitos, sendo que o patriarcalismo também se fez presente na sociedade grega, berço da civilização ocidental(ROCHA, 2009, p. 67).

Na Grécia Antiga era comum o pai abandonar as crianças recém-nascidas do sexo feminino, pelo simples motivo de ser mulher, uma vez que a religião da época, o Orfismo, pregava que a mulher era um ser perigoso e causa de todo o mal do mundo(VILHENA, 2011, p. 98). Os gregos também acreditavam no mito de Pandora, que teria sido criada por Zeus para vingar-se de Prometeus, ladrão do fogo do Olimpo. Assim, todas as mulheres seriam descendentes de Pandora, criatura malvada, responsável por todas as enfermidades existentes na Terra(VILHENA, 2011, p. 98).

Já, durante a Idade Média, do século V ao XV, a mulher, devido à ascensão do cristianismo, foi mais marginalizada, mas continuava a exercer as atividades rurais, na tapeçaria, ourivesaria, vestuário e domésticas(BARROS, 2011, p. 854), além de cumprirem estritamente o dever de obrigação e subordinação, primeiramente, ao seu pai, e posteriormente a seus maridos, devendo seguir os princípios da: “castidade, humildade, silêncio e trabalho”. (ROCHA, 2009, p. 83-84).

Em tal período, a mulher era considerada um ser inferior e perigoso, de modo que sua perseguição e castigo eram justificáveis. Santo Agostinho afirmava que “[...] a mulher é um animal que não é seguro nem estável, é odienta para o tormento do marido, é cheia de maldade e é o princípio de todas as demandas e disputas, via e caminho de todas as iniquidades”(BEAUVOIR, 1970, p. 126).

Ademais, quando a mulher não obedecia às regras impostas pelo patriarcalismo, era preferível a morte desta, diante da desonra familiar cometida.

Ariés e Duby descrevem que:

O dever primeiro do chefe da casa era vigiar, corrigir, matar, se preciso, sua mulher, suas irmãs, suas filhas, as viúvas e as filhas órfãs de seus irmãos, de seus primos e seus vassalos. O poder patriarcal sobre a feminilidade via-se reforçado, porque a feminilidade representava o perigo. Tentava-se conjurar esse perigo ambíguo encerrando as mulheres no local mais fechado do espaço doméstico, o quarto. (ARIÉS; DUBY, 1990. p. 88).

Foi a partir da Idade Moderna (do século. XV ao início do século XVIII), com o Renascimento, que as mulheres começaram a exigir sua liberdade e autonomia, na tentativa de ganhar seu espaço no meio social. Conforme Patrícia Rocha afirma:

As ideias libertárias, a rigidez moral e a supressão da liberdade exacerbadas no Renascimento afetaram mulheres, que ousaram denunciar a situação precária do sexo feminino e lutaram, com as armas de que dispunham, por condições mais justas(ROCHA, 2009, p. 101).

Nesta época, houve um início de paridade quanto às funções laborais tidas como masculinas e femininas, visto que algumas mulheres começaram a laborar como escritãs, médicas e professoras, entretanto, por mais que trabalhassem de igual forma em relação aos homens, o valor de seus salários era inferior (SULLEROT, 1970, p. 58).

No que diz respeito ao final do século XVIII, a nominada Idade Contemporânea, foi marcado pelas grandes Revoluções Burguesas, em especial a Revolução Francesa de 1789, na qual as mulheres participaram ativamente na luta pela igualdade, liberdade e fraternidade. Todavia, ao final do conflito, no que tange a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, as mulheres especificadamente foram esquecidas quanto às suas particularidades e necessidade de proteção. Jean-Jacques Rousseau, grande filósofo iluminista que influenciou a Revolução Francesa, acreditava na impossibilidade de igualdade entre homem e mulher, sob o argumento de que esta é naturalmente inferior, cuja sua única função é servir ao homem (ROCHA, 2009, p. 125).

Ainda no século XVIII houve a Revolução Industrial, que gerou grandes impactos no setor trabalhista, tanto neste século, quanto no posterior, o século XIX. Em tal época houve uma grande exploração da mão de obra, sendo a feminina, bem como a infantil, utilizada em grande escala, especialmente por serem consideradas mãos de obra baratas. Ressalta-se que eram inexistentes quaisquer normas de proteção ou que especificassem a jornada de trabalho, sendo que não, raras vezes, as mulheres laboravam cerca de 14, 15 ou até mesmo 16 horas diárias(NASCIMENTO, 2011, p. 908).

O célebre doutrinador Amauri Mascaro Nascimento pondera que:

(...) o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações.

Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação [...](NASCIMENTO, 2011, p. 909).

Neste mesmo entendimento, corrobora Sérgio Pinto Martins:

Durante a Revolução Industrial, o trabalho da mulher foi muito utilizado, especialmente no que diz respeito a operação de máquinas, visto que muitas, por medo de perder o emprego, aceitavam jornadas superiores, entre 14 a 16 horas, e salários inferiores aos homens. Neste seguimento, cabe dizer que em sua grande maioria, as indústrias não ofereciam nenhuma proteção ou qualquer cuidado com o ambiente laboral (MARTINS, 2004, p. 34).

Diante das grandes violações que as mulheres sofriam no meio ambiente laboral, as primeiras leis trabalhistas se voltaram para a sua proteção, sendo que nos anos de 1842 e 1844, a Inglaterra já proibia, nesta ordem, o labor da mulher em locais subterrâneos e limitava sua jornada. Em 1848, a França produziu várias leis de proteção ao trabalho da mulher, sendo que, 43 anos depois, em 1891, a Alemanha criou o Código Industrial, desejando fixar normas de proteção trabalhistas (NASCIMENTO, 2011, p. 910).

Salienta-se a inegável influência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sob a CLT brasileira (BARRROS, 2011, p. 855), visto as Convenções n. 03, 103 e 183 deste órgão, datadas de 1919, 1966 e 1988, respectivamente, que já regulamentavam o trabalho da mulher em estado gravídico-puerperal, além das Convenções n. 4, 41 e 89, de 1919, 1934 e 1938, que estipulavam o regime de horas extras e com pesos, bem como as de n. 110 e 111, que determinavam o salário igual, independente de sexo e gênero.(OIT, 19??)

Por fim, cabe mencionar que com a globalização e a assunção da internet, no século XX, apesar de ainda existirem as mais diversas maneiras de discriminação em razão da diferença de gênero e sexo, as interações e discussões quanto às tradições de gêneros e os ideais de igualdade, dignidade, liberdade e felicidade para a mulher e qualquer ser humano, defendidas em vários movimentos feministas, vêm trazendo desenvolvimento e um grande impacto positivo na sociedade (STERN, 2015, p.23).

### **3. ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**

Em tempos modernos e após tantas lutas para ingressar e manterem-se no mercado de trabalho, as mulheres ainda sofrem inúmeros preconceitos dentro deste, seja pela mais pura e injustificável discriminação, seja pela notória e inconsistente preferência que muitos empregadores possuem de contratar homens, diante das variedades de normas de proteção que existem visando à proteção do trabalho da

mulher.

Salienta-se que estas normas são imprescindíveis, além de ser um reflexo da sociedade patriarcal, visto a cultura do machismo ser inerente no meio social, representam uma conquista do trabalho feminino, pois visam à inserção deste corpo social no âmbito trabalhista. Portanto, o fim das normas de proteção do labor feminino representaria além de um contrassenso, um retrocesso, posto que, a grande maioria das mulheres seria obrigada a permanecer dentro de seus lares, objetivando a manutenção destes, não conseguindo nem ao menos ingressar no mercado de trabalho.

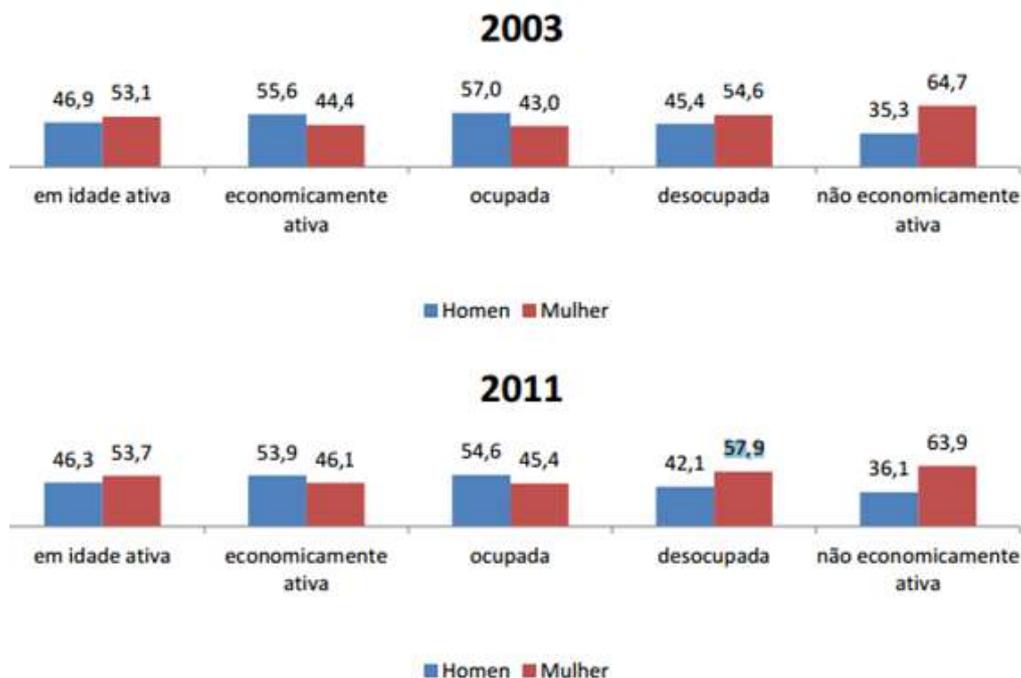
Recentemente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou uma pesquisa, realizada em escala mundial, constatando que as mulheres recebem apenas 77% do valor salarial que os homens recebem, quando realizam o mesmo labor e em iguais condições. Salienta-se que se nada for feito, a estimativa é que a paridade salarial entre os gêneros, somente será alcançada em 2086 (CORREIO BRAZILIENSE, 2015).

Analisando dados nacionais, o Brasil não foge do padrão, sendo que, infelizmente, segundo os dados mais recentes, demonstrados pelo Fórum Econômico Mundial, em 2014, o Brasil caiu no Ranking de desigualdade de gêneros, ocupando o 71º lugar, ficando atrás de alguns vizinhos sul-americanos, como: Argentina, Peru e Chile, os quais ocupam as 31ª, 45ª e 66ª posições respectivamente (BRASIL, 2015).

Com a intenção de averiguar a situação da mulher brasileira no mercado de trabalho o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicou em março de 2010 e março de 2012, resultado da pesquisa que avalia exatamente esta questão, tendo como base o ano de 2009, bem como uma análise dos anos de 2003 e 2011.

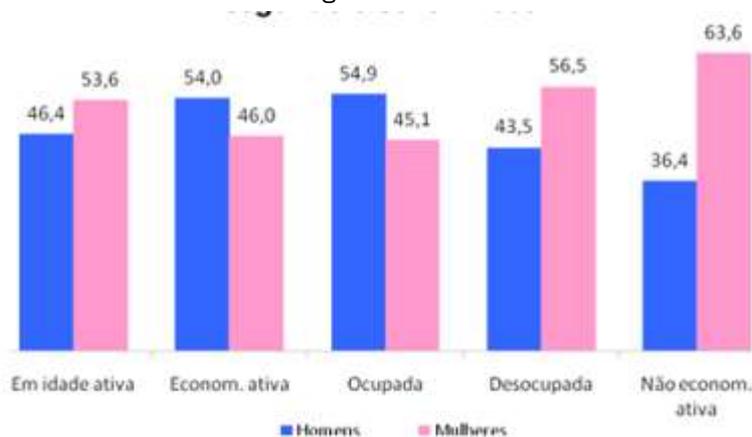
Conforme se depreende do gráfico abaixo, em 2003 a população economicamente ativa feminina era de 44,4 % e a ocupada 43,0 %, por sua vez, em 2009 o mesmo índice é elevado para 46 % e 45,1 %, já em 2011, 46,1% e 45,4% respectivamente. Levando em consideração que a população economicamente ativa (mais de 15 a 64 anos de idade) é aquela que engloba potencial mão de obra, ou seja, o somatório entre a população ocupada (inserida de alguma forma no mercado de trabalho) e desocupada (sem emprego), constata-se que menos da metade da população feminina a qual está apta pelo fator idade a laborar está realmente trabalhando. Salienta-se que o crescimento da população feminina ocupada cresceu apenas 0,1% em dois anos, ao se fazer uma análise comparativa entre o gráfico de 2009 e 2011, ou seja, um valor irrisório de crescimento.

Gráfico 1: Distribuição das populações segundo o sexo.



(IBGE, 2003-2011)

Gráfico 2: Distribuição da população com 10 anos ou mais de idade, por condição de atividade segundo o sexo.



(IBGE, 2009)

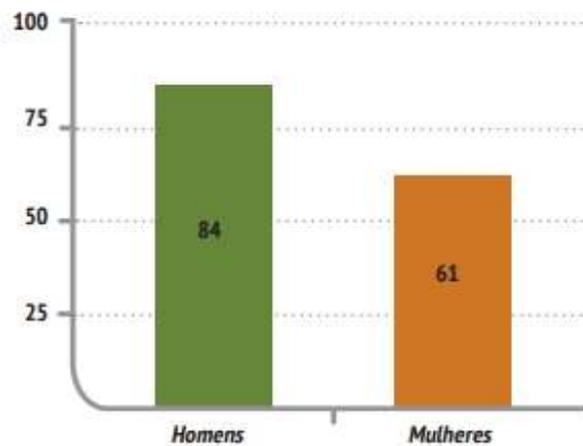
Ainda sobre a perspectiva dos mesmos gráficos, merece observação de que, nos períodos analisados, de 2003, 2009 e 2011, mais da metade da população economicamente ativa masculina estava empregada, fato que se inverte ao que tange a população feminina.

Desta forma, chega-se à conclusão de que o homem sempre esteve presente de forma mais ativa no mercado de trabalho. Um dos fatores dessa situação com certeza advém do preconceito em relação à inserção da mulher no âmbito laboral, o que configura uma violência simbólica, como também um reflexo da divisão sexual

do trabalho, visto que ainda existe a máxima que o lugar de mulher é “pilotando um fogão”.

Sob este aspecto, o Ibope Inteligência realizou uma pesquisa para a Confederação Nacional da Indústria, a qual demonstra, conforme dados estratégicos no ano de 2016, que 84% dos homens estão empregados, enquanto entre as mulheres esse percentual é de 61%<sup>3</sup>.

Gráfico 3: Brasileiros que estão trabalhando, exceto aposentados. Percentual de respostas por gênero.

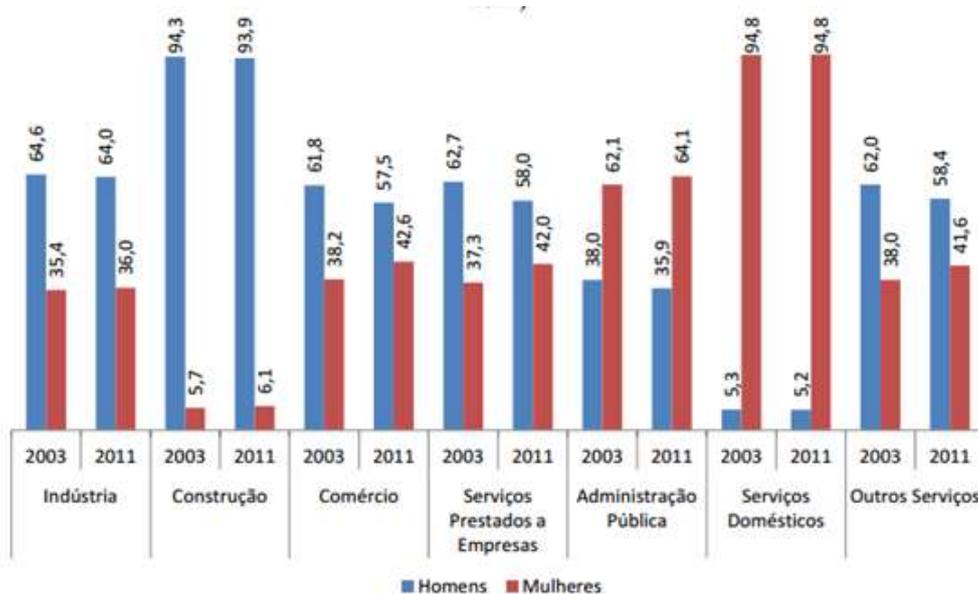


Fonte: CNI, 2016.

Os gráficos a seguir demonstram as diversas atividades exercidas por homens e mulheres, nos quais se percebe notadamente que algumas funções são exercidas pela grande maioria da população feminina, independente da idade. É o caso do serviço doméstico, cujo percentual variou infimamente de 94,5% (2009) a 94,8% (2003 e 2011), contra uma taxa de aproximadamente 5 % da população masculina, fato que demonstra existir realmente uma divisão sexual dos afazeres tidos como masculinos e femininos.

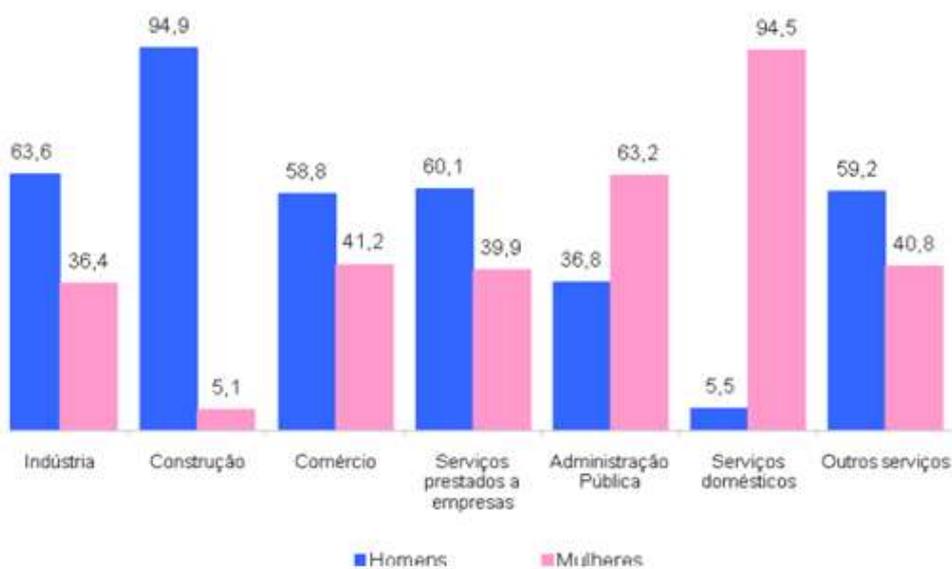
Da mesma forma que o serviço doméstico é quase que totalmente exercido pelas mulheres, o mesmo acontece em contrário senso, quando o assunto a ser discutido é o emprego em construção e mão de obra, uma vez que da totalidade de pessoas que exercem esta profissão, entre 93% a 95% são homens. Um detalhe interessante é que houve um aumento de 1% da inserção da mulher nesta profissão, o que se torna, apesar de pouco, um avanço, ainda mais em uma tipologia laboral que é tida como absolutamente masculina.

Gráfico 4: Participação na população ocupada, por grupamentos de atividade, segundo o sexo- 2003 e 2011.



(IBGE, 2003-2011)

Gráfico 5: Participação na população ocupada, por grupamentos de atividade, segundo o sexo- 2009.

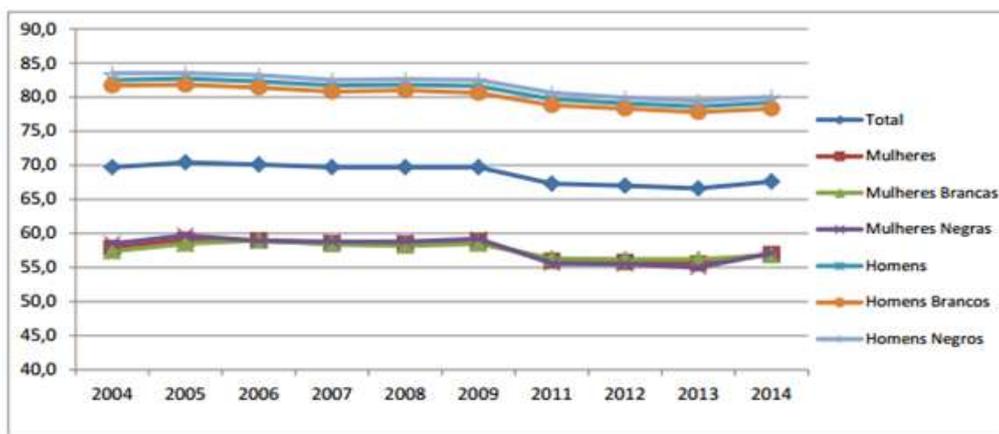


(IBGE, 2009)

Em março do corrente ano de 2016, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgou uma pesquisa realizada entre os anos de 2004 a 2014, cujo foco era a análise da relação da mulher com o trabalho, por meio desta, pode-se apurar que os homens, independente de sua raça, possuem uma taxa de atividade laborativa de 80%, enquanto as mulheres não atingem 60%. Ou seja, de

cada 10 mulheres, 04 não conseguem se colocar disponíveis para uma ocupação no mercado de trabalho. Em 2014, estes números correspondiam a 26,8 milhões de inativas e 9,2 milhões de inativos.

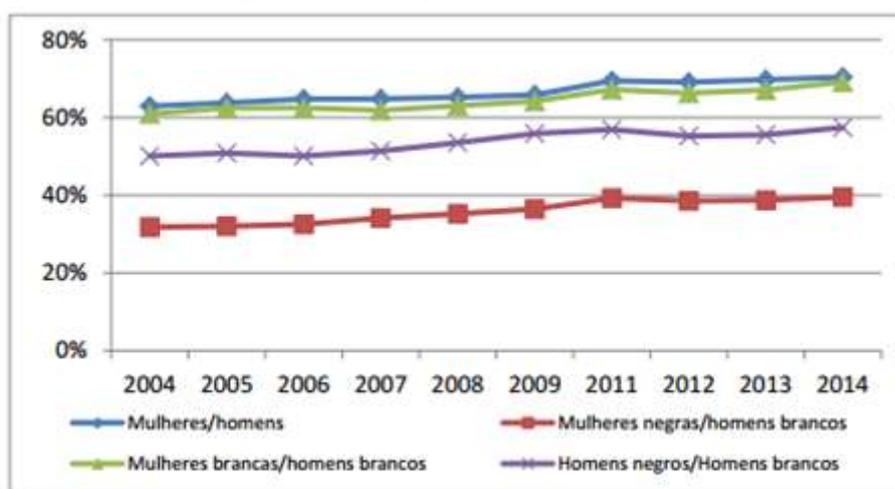
Gráfico 6: Taxa de atividade da população de 16 anos ou mais de idade, por sexo e cor/raça no Brasil, de 2004 a 2014



(Pnad/IBGE, 20??).

O estudo também revelou que entre 2004 e 2014 houve um crescimento da renda salarial do trabalho para todos os indivíduos, sendo que tal crescimento foi superior para mulheres, cerca de 60% contra 44 % dos homens. Logo, pode-se afirmar que houve uma redução da desigualdade salarial feminina e masculina nos últimos anos, conforme o gráfico abaixo:

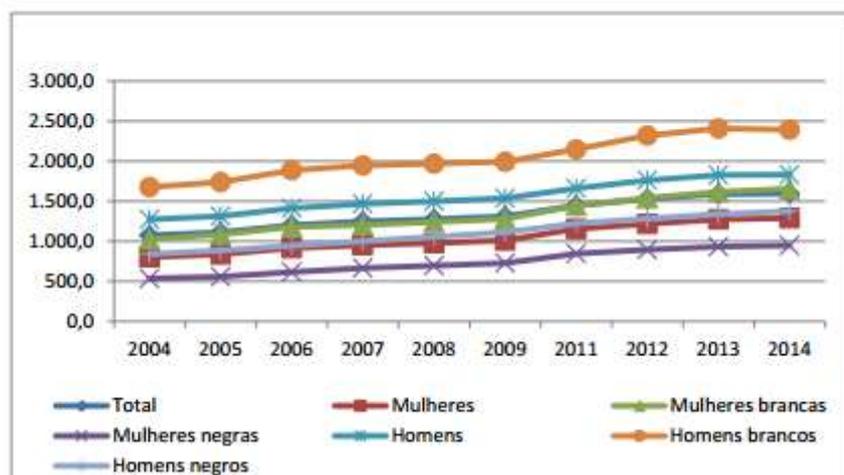
Gráfico 7: Razão entre as rendas do trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, segundo sexo e raça/cor no Brasil, de 2004 a 2014.



(Pnad/IBGE, 20??) .

No entanto, apesar de ter havido uma aproximação salarial, as mulheres continuam recebendo um salário menor do que os homens, R\$1.288 contra R\$1.831, em 2014, e esta disparidade aumenta em relação às mulheres negras, as quais recebem em média R\$946, haja vista o gráfico a seguir:

Gráfico 8: Rendimento médio do trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, por sexo e raça/cor no Brasil, de 2004 a 2014.



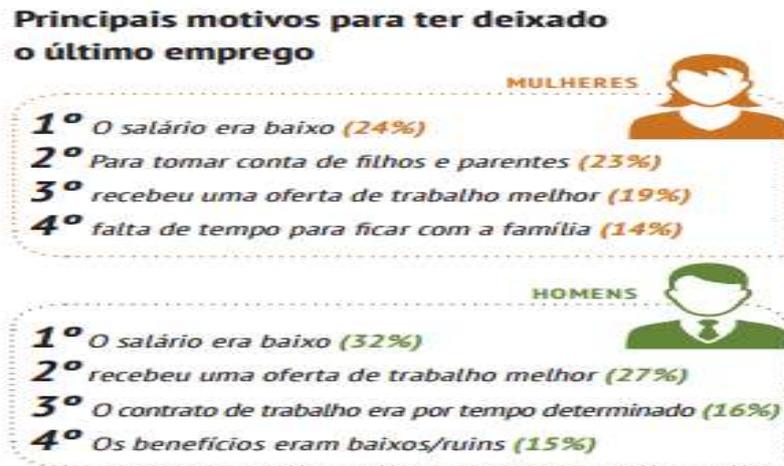
(Pnad/IBGE, 20??) .

Ademais, tendo como base o relatório Panorama da Educação 2015, da “Education at a Glance”, lançado em novembro daquele ano, revelou que no Brasil o salário de uma mulher portadora de um certificado de ensino superior, representa cerca 62% da renda média de um homem com igual nível de escolaridade, o que representa uma grande desigualdade (TOKARNIA, 2015).

Em escala mundial, haja vista o relatório “Mulheres no Trabalho: Tendências de 2016”, realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o qual avaliou dados de até 178 países, concluiu que a desigualdade entre homens e mulheres persiste, sendo que as mulheres continuam laborando por mais tempo que os homens, tanto em trabalho remunerado ou não, e ganhando um valor menor do que o sexo masculino (OIT, 2016).

Outro dado interessante do mesmo relatório, partindo do princípio que o direito previdenciário é decorrente do labor exercido, demonstrou que 200 milhões de mulheres em idade avançada, considerando a escala global, não recebem nenhum tipo de benefício assistencial ou previdenciário, em contrapartida, em relação aos homens, este número cai para 155 milhões.

Figura 1: A inserção das mulheres no mercado de trabalho



(CNI, 2016.)

Por fim, em concordância com a pesquisa realizada pelo CNI, a segunda principal causa em média das mulheres terem abandonado o último emprego foi para tomar conta de filhos e parentes, dado o qual sugere que, geralmente, não há uma divisão de tarefas entre o casal no âmbito familiar, cabendo exclusivamente à mulher cuidar dos afazeres domésticos do lar.

#### 4. EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

Os efeitos da divisão sexual do trabalho geram graves consequências, sendo uma delas a discriminação, ou seja, um tratamento diferenciado, no caso, decorrente do sexo biológico. Sabe-se que o conceito de discriminação é tido como neutro, uma vez que pode gerar efeitos positivos, como no caso de ações afirmativas visando uma proteção especial àqueles tidos vulneráveis, como também negativas, a partir do momento que institui dominações de um grupo social sob outro, por exemplo (DAHL, 1993, p. 41).

Assim, os efeitos da discriminação da mulher, decorrentes do sexo no ambiente laboral, dar-se-á de forma horizontal quando são distribuídas atividades de maneira desigual entre homens e mulheres, considerando apenas fatores biológicos. Normalmente, as mulheres são consideradas aptas a executar atividades manuais e de forma repetitiva, o que acabam por gerar degradação a saúde destas, visto que várias mulheres apresentam sintomas de Lesão de Esforço Repetitivo (LER/DORT) ou depressão, em decorrência destes exercícios (THOME, 2012, p. 132).

Por sua vez, a discriminação vertical, também chamada de “teto de cristal” ou glass ceiling, refere-se à existência de uma quantidade reduzida de mulheres em cargos de decisão, bem como de menor remuneração, por exemplo, “em 1995, as mulheres representavam 11,3% dos legisladores no mundo e apenas os parlamentos da Dinamarca, Finlândia, Holanda, Noruega e Suécia tinham mais de 30% de mulheres em suas cadeiras” (JARROUD, 2015). Além disso, a divisão do trabalho por quanto do gênero também é perceptível frente às desigualdades

salarias, posto que na maioria dos países, as mulheres são vítimas da não efetivação do princípio da igualdade diante de funções e produtividade iguais (SANTOS, 2005, p. 304).

Salienta-se que dentro do seio familiar, a divisão é também percebida, posto que geralmente são as mulheres que exercem as atividades domésticas dentro de suas casas. Hirata ainda afirma que há várias estruturas familiares, haja vistas as divergências culturais, sendo as preponderantes:

1) modelo tradicional, em que a assistência à família e o trabalho doméstico são totalmente atribuídos às mulheres, enquanto o papel do provedor é atribuído exclusivamente aos homens; 2) O modelo de reconciliação, em que cabe às mulheres, somente, resolver a tensão entre trabalho e família, porque, neste modelo, as mulheres trabalham, mas permanecem como quase as únicas responsáveis pelos cuidados com a família e com o lar; 3) O modelo de parceria, em que se pressupõe que haja uma igualdade de gênero; e 4) O modelo de delegação, em que as mulheres com profissões mais bem remuneradas delegam as tarefas domésticas e o cuidado com a família para outras mulheres, levando ao ressurgimento de uma classe servil (HIRATA; SEGNINI, 2007, p. 269).

## CONCLUSÃO

Após um juízo de valores chega-se a conclusão que a desigualdade entre gêneros, principalmente em relação às mulheres no mercado de trabalho, se faz ainda presente no século XXI. Portanto, em um mundo em que se tem como ideal a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os indivíduos sem qualquer distinção se torna fundamental estudar a respeito e buscar soluções para esta problematização.

Conforme a ótica patriarcal, as mulheres deveriam corresponder às expectativas masculinas, elas eram educadas para exercerem trabalhos domésticos, sendo que foi partir da idade moderna (Séc. XV ao início do Séc. XVIII), com o renascimento, que as mulheres começaram a exigir sua liberdade e autonomia. Embora, foi somente com a Revolução Industrial que a mão de obra feminina foi inserida em grande escala, todavia, não por motivos nobres, como a defesa da igualdade, apenas por ser considerada uma mão de obra barata.

Constatou-se que em tal período as obreiras laboravam em média de 14 a 16 horas diárias, ou seja, praticamente o dobro de horas permitidas pela Lei Brasileira atual, sem nenhum Equipamento de Proteção Individual (EPI), muito menos respeito a proteção da maternidade, respeito a limitação do seu esforço físico, da equidade salarial entre homens e mulheres, ou seja, uma tamanha afronta a Dignidade e a Igualdade.

Contudo, ainda em tempos hodiernos, resquícios do patriarcalismo e a discriminação se faz presente, as mulheres sofrem preconceitos para conseguir e para manter-se em uma determinada profissão, até hoje existem diferença salarial,

devendo a mão de obra feminina receber menos que seu paradigma masculino, ainda há a divisão sexual laboral, devendo as meninas e mulheres realizar as tarefas domésticas.

Assim, ante o exposto, a igualdade de gênero é um problema de toda a sociedade, que afeta, por conseguinte, não só as mulheres, mas também meninas, meninos, homens e idosos. Trata-se de um impedimento da verdadeira aplicação dos direitos humanos, fundamentais e trabalhistas.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada: da Europa Feudal à Renascença**. v. 2. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e mitos**. v. 1. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BIROLI, Flávia. **Trabalhadoras domésticas, cidadania e servilidade: o Brasil de “Que horas ela volta?”**. Disponível em: < <http://grupo-demode.tumblr.com/post/129063917712/trabalhadoras-dom%C3%A9sticas-cidadania-e-servilidade>>. Acesso em: 14 maio 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. KUHNER, Maria Helena (trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicao/CFpdf/Constituicao.pdf> >. Acesso em: 17 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei n. 546**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0546.htm) >. Acesso em: 14 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 19.841**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.340**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 3 de ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.202.** Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6202.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6202.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.029.** Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9029.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Observatório Brasil da igualdade de Gênero.** Brasil cai para 82º em desigualdade de gênero, aponta relatório. Disponível em:<  
<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/brasil-cai-para-82o-em-desigualdade-de-genero-aponta-relatorio>> Acesso em: 17 de jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.353.** Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.** Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. A inserção das mulheres no mercado de trabalho. **Nota Econômica**, ano 2, n. 3, abr. 2016. Disponível em:<[http://www.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/86/82/86820285-4a44-45cd-821c-80a09240b9ff/nota\\_economica\\_3\\_-\\_a\\_insercao\\_das\\_mulheres\\_no\\_mercado\\_de\\_trabalho.pdf](http://www.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/86/82/86820285-4a44-45cd-821c-80a09240b9ff/nota_economica_3_-_a_insercao_das_mulheres_no_mercado_de_trabalho.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

CORREA, Crishna Mirella de Andrade; MAIO, Eliane Rose. **Gênero, direitos e diversidade sexual:** trajetórias escolares. Maringá: Eduem, 2013.

CORREIO BRAZILIENSE. **Mulheres só receberão o mesmo salário que homens em 2086, diz OIT.** Brasília, 06 mar. 2015. Disponível em: <  
[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna\\_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3 ed, rev. atual e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. **Cadernos Pagu**, Campinas , n. 17-18, p. 9-79, 2002 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332002000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332002000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 26 jun. 2016.

HIRATA, Helena; KÉRGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**., São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez. 2007.

HIRATA, Helena; MARUANI, Margaret (org). **As Novas Fronteiras Da Desigualdade – homens e mulheres no mercado de trabalho**. São Paulo: SENAC, 2003.

HIRATA, Helena; SEGNINI, Liliana (Org.) **Organização, trabalho e gênero**. São Paulo: Senac São Paulo, 2007.

HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Mensal de Emprego 2003-2011**. Disponível em:< <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme/pmemet2.shtm>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Pesquisas. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=40](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40). Acesso em: 25 jun. 2016.

JARROUD, Marianela. **Mais mulheres no poder, mais benefícios para todos**. Disponível Em: < <http://antigo.brasildefato.com.br/node/31422>>. Acesso em: 18

jul. 2016.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero** : conceitos e termos. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: <[https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_SOBRE\\_IDENTIDADE\\_DE\\_G%C3%8ANERO\\_\\_CONCEITOS\\_E\\_TERMOS\\_-\\_2%C2%AA\\_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf?1355331649](https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%8ANERO__CONCEITOS_E_TERMOS_-_2%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf?1355331649)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

KÉRGOAT, Danièle. **Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo**. Tradução Miriam Nobre. ago. 2003. Disponível em:<[http://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/avisaosexualdotrabalho\\_0.pdf](http://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/avisaosexualdotrabalho_0.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2016.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os Sexos no Sistema Jurídico Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Manoel Hermes de. Direitos humanos: igualdade de direito às mulheres. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v.23, n.271 , p. 65-79, jan. 2012

MAGANO, Octávio Bueno. **Empregado doméstico** .Disponível em:<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=iOad8181600001565b3640cbf9145661&docguid=lc7ca27f03e5d11e09ce30000855dd350&hitguid=lc7ca27f03e5d11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1322&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 maio 2016.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. São Paulo: 12. ed. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do Trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Desigualdades de gênero continuam grandes no mercado de trabalho global**. Disponível em:<[http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_458115/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_458115/lang-pt/index.htm)>. Acesso

em: 14 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Organização Internacional do Trabalho: promovendo o trabalho decente.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

OLIVEIRA, Claudio Rogério Teodoro; PITTA, Tatiana Coutinho. **Da (in) dignidade da mulher na sociedade contemporânea e a necessária atuação estatal implemento de justiça social.** In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org). Minorias e grupo vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva. Birigui: Boreal, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Feminismo e Direito.** In: Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito, v.1, n.1. João Pessoa: UFPB, 2010. Revista Âmbito Jurídico.com. Disponível em:< [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605)>. Acesso em: 11 maio 2016.

ROCHA, Patrícia. **Mulheres sob todas as luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado.** Belo Horizonte: Editora Leitura, 2009.

ROMANZOTI, Natasha. **Sociedade em que as mulheres mandam podem nos ensinar muitas coisas.** Disponível em: < <http://hypescience.com/sociedades-em-que-as-mulheres-mandam/>>. Acesso em: 02 Ago. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Rearticulando gênero e classe social. In: COSTA, Albertina Oliveira; BRUSCHINI, Cristina. (Orgs.) **Uma Questão de gênero.** São Paulo; Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Fundação Percecu Abramo, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCANDOLARA, Cláudio. **Direito do Trabalho e Realidade: valor e democracia.** Porto Alegre: livraria do advogado, 2000.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, v. 16, n. 2, Porto Alegre, jul./dez. 1995, p. 71-99. Disponível em:< <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf>>. Acesso em:

28 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Prefácio a Gender and the politics of History. **Cadernos Pagu**, Campinas, n.3, p. 11-27, 1994. Disponível em: <[www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=51007](http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=51007)>. Acesso em: 02 jul. 2016

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Saúde e Segurança do Trabalho**. 2 ed, rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SULLEROT, Evelyne. **História y sociologia de trabajo femenino**. Tradução de Bustamante Ortiz. Barcelona: Ediciones, 1970.

THOME, Candy Florencio. **O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores**. São Paulo LTr, 2012.

TOKARNIA, Mariana. Brasil ocupa 6º lugar em avaliação sobre disparidade salarial entre gêneros. **Empresa Brasil de Comunicação**. EBC, 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/educacao/2015/11/brasil-ocupa-6o-lugar-em-avaliacao-sobre-disparidade-salarial-entre-generos>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **A criação da CLT**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

VILHENA, Valéria Cristina. **Uma Igreja sem voz: Uma análise de gênero da violência doméstica entre as mulheres evangélicas**. São Paulo: Fonte Editorial, 2011.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Unb, 2000.

**ABSTRACT:** Throughout history the woman was always submitted to the man and view the margins of society simply by being a woman. This condition always followed, with undeniable influence of this condition in labor relations. Not infrequently this has been deprived of his freedom of career choice, being discriminated against in various areas of the labor market, getting even lower pay than their male paradigm. Therefore, the scope of this work, starting from the female path in history, is to analyze the current situation of the working in the workplace and the effects of the sexual division of labor. It was used, so the deductive method, starting from the study of women entering the labor market to the current situation of these. Thus concluding, despite the passage of time, and of women's achievements stemming from the constant struggle of women in search of the long-sought inclusion and equality, discrimination, discrimination and prejudice still is latent in modern times.

**KEYWORDS:** labor market. Woman. Discrimination. Present

## **CAPÍTULO II**

### **A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE DEMOCRÁTICA**

---

Ana Claudia Duarte Pinheiro  
Nádilla Marques da Silva

# A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE DEMOCRÁTICA

**Ana Claudia Duarte Pinheiro**

Universidade Estadual de Londrina  
Londrina-PR

**Nádilla Marques da Silva**

Universidade Estadual de Londrina  
Londrina-PR

**RESUMO** : Com o objetivo de tecer considerações sobre a relação entre o Direito Urbanístico e a gestão democrática serão analisados os instrumentos de políticas públicas previstas no Estatuto da Cidade, como o Plano Diretor, as audiências públicas e os Conselhos de Desenvolvimento Urbano. Tendo como suporte a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, nota-se que o planejamento urbano está intrinsecamente ligado à participação popular, uma vez que os mecanismos de desenvolvimento urbano decorrem da rica, e cada vez mais intensa interação entre o poder público e a sociedade civil. O estudo se desenvolveu mediante a metodologia de levantamento bibliográfico, histórico, doutrinário e legislativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Urbanístico; Estatuto da Cidade; gestão.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo de urbanização, produto das transformações sociais e econômicas decorrentes da passagem do tempo é um fenômeno global e com tamanha relevância que motiva a preocupação em regulamentar e estabelecer diretrizes que melhor organizem um pleno desenvolvimento urbano e uma harmônica convivência em comunidade.

Nesse sentido, o objeto do presente estudo é analisar a contribuição do Direito Urbanístico para a construção de cidades cada vez mais democráticas, partindo-se do pressuposto de que a concretização de políticas públicas destinadas a reger o desenvolvimento das cidades brasileiras depende, na grande maioria, da participação popular, embora seja importante ressaltar nem sempre sejam concebidas de forma a atender objetivamente as necessidades e os interesses das populações mais frágeis economicamente.

Para tanto, o estudo se desenvolveu mediante a metodologia de levantamento bibliográfico, histórico, doutrinário e legislativo e a análise temática está dividida em três partes.

A primeira parte discute e conceitua o Direito Urbanístico como sendo um conjunto de medidas estatais destinadas ao estudo e sistematização dos princípios e normas que regem os espaços físicos habitáveis.

A segunda esclarece o conceito e o objeto das políticas públicas que visam

ordenar o espaço urbano, como o plano diretor.

E, por fim, a terceira parte do estudo tece a relação do Direito Urbanístico com a construção de uma cidade democrática por meio da apreciação dos instrumentos de desenvolvimento urbano quais sejam o plano diretor, as audiências públicas, os conselhos de desenvolvimento urbano e o estatuto da cidade.

## 2. DIREITO URBANÍSTICO

O Direito Urbanístico decorre das transformações sociais e insere-se no ramo do Direito Público. Essa ciência compreende o conjunto de medidas estatais destinadas ao estudo e sistematização dos princípios e normas que regem os espaços físicos habitáveis com o fim de organizá-los, assim, proporcionando melhores condições para a vida em comunidade. Ressalta-se que o conceito supracitado de Direito Urbanístico é a junção de seu objeto com a sua ideia de ciência jurídico-social.

Ainda, esse ramo não se preocupa apenas com os aspectos físicos e territoriais, compreendendo também a problematização das cidades e os meios efetivos para solucioná-los.

Com tal interesse de elucidar o conteúdo, mais do que o próprio conceito, alguns autores lembram das grandes disparidades sociais, geradoras das tantas mazelas sociais, típicas da era contemporânea. Atesta Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

o Brasil convive com a formação de uma cidade irregular ao lado da regular, obrigando a considerar, nos dias de hoje, uma realidade no campo jurídico que nasce com um regramento constitucional (Constituição Federal de 1988) visando superar as discriminações sociais da cidade pós-liberal para dar a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem os benefícios de um meio ambiente artificial cientificamente concebido. (FIORILLO, 2009, p. 28).

Segundo o jurista e estudioso do Direito, professor José Afonso da Silva, o Direito Urbanístico:

[...] traz para o sistema jurídico a problemática urbana, através da positivação de normas disciplinando o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial, a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística. (SILVA, 2008, p. 32).

Ademais, o Direito Urbanístico está ligado às questões referentes ao meio ambiente, uma vez que elabora diretrizes que visam organizar as ocupações físicas, possibilitando uma digna qualidade de vida em comunidade, capaz de suprir às necessidades básicas de habitação, lazer e trabalho, tendo em vista o futuro.

Sendo assim, o meio ambiente sadio deve ser observado pela população e principalmente pelo poder público. Consoante a esse posicionamento, o professor

doutor em Direito, Victor Carvalho Pinto, em seu livro *Notas Introdutórias ao Direito Urbanístico* (1999, p. 145), explicita que “o Direito Urbanístico trata de aspectos fundamentais para o bem-estar das pessoas, que são os relativos ao meio ambiente construído”. Sem tais considerações a vida em sociedade torna-se um perigo para todos, na medida em que cada um faz o que bem quer, na hora que bem entende, sem respeitar nada, ou ninguém.

Reconhecendo o caráter fundamental do desenvolvimento sustentável, infere-se que a ordem urbanística não interessa apenas aos moradores locais, mas sim a toda a coletividade urbana, na medida em que o desenvolvimento urbano e a regulação do uso do solo consoante critérios racionais e democráticos são fundamentais para que a sociedade possa utilizá-lo e preservá-lo para as próximas gerações.

Insta salientar que as normas de organização urbanística são obrigatórias não apenas para os particulares, mas também para o poder público, assim sendo, as normas reguladoras da atividade urbanística são de natureza pública e pautada por preceitos jurídicos cogentes. As limitações sobre a propriedade se justificam na primazia do interesse público sobre o interesse particular.

As normas jurídicas de urbanismo são de competência das três esferas de poder: federal, estadual e municipal. O Direito Urbanístico é de competência legislativa comum da União, dos Estados e do Distrito Federal, vide artigo 24, I, da Constituição Federal.

Em âmbito federal destacamos a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, conhecido por Estatuto da Cidade que estabelece as diretrizes gerais da política urbana brasileira, que será analisado no tópico 2.1 do presente trabalho.

Já no que tange ao interesse local, é de competência municipal legislar, suplementando a legislação federal e estadual, sobre o planejamento, parcelamento e a ocupação do solo, conforme o artigo 30, I e II, da Carta Magna.

No cenário municipal temos o plano diretor, instrumento básico de planejamento municipal para a implantação de política de desenvolvimento urbano, previsto no artigo 4º, III, do Estatuto da Cidade. Esse mecanismo será estudado no tópico 2.2.

### **3. ALGUNS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO**

A seguir serão analisados, de forma breve, dois instrumentos importantes para a legislação no que compete a sistematização do desenvolvimento urbano das cidades brasileiras. O primeiro tópico refere-se ao estudo do Estatuto da Cidade e o segundo sobre o Plano Diretor.

#### **3.1 Estatuto da Cidade**

A Lei Federal de Desenvolvimento Urbano nº 10.257 de 10 de julho de 2001,

mais comumente chamada de Estatuto da Cidade, regulamenta o capítulo “Política Urbana” da Constituição Federal, mais precisamente os artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade é uma tentativa de democratizar a gestão das cidades, através de um planejamento participativo em todos os entes da federação, porém são os Municípios os principais responsáveis pela execução da política de desenvolvimento urbano das cidades, visto que eles são os responsáveis pela legislação do interesse local, logo a paisagem urbana é de interesse preponderantemente do Município.

Os instrumentos presentes no estatuto buscam efetivar os princípios constitucionais de participação popular, de gestão democrática e de garantia da função social da propriedade, compreendendo esse último instrumento, uma das questões mais polêmicas da citada lei, uma vez que o estatuto supera a concepção de propriedade como direito individual absoluto e incontestável.

Logo, verifica-se que o direito à propriedade que antes era absoluto e inviolável sofreu modificações com o passar do tempo e, hoje, a propriedade mudou sua essência, adquirindo um viés solidário, na qual o proprietário do imóvel possui o ônus, a obrigação de observar, sempre, determinados valores sociais como a função social da propriedade. Por esse motivo a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXII e XXIII, garante o direito de propriedade e prescreve que ela atenderá a sua função social.

Antes, porém de enveredar na apresentação dos princípios embaixadores da construção normativa, é importante indicar, ainda que de forma breve, a reflexão de Milton Santos quando discute sobre as causas da pobreza em sua obra *Pobreza Urbana*:

As condições nas quais os países da periferia criam uma forma de organização da economia, da sociedade e do espaço, uma transferência de civilização cujas bases principais não dependem de países atingidos. As raízes dessa “crise urbana” encontram-se no sistema mundial. É, portanto, nesse nível que se podem encontrar explicações válidas. É necessário voltar-se para as raízes do mal, para fazer uma análise correta e estar em condições de fornecer soluções adequadas. (SANTOS, 2013, p.31/32).

Os princípios básicos, considerados primordiais, para a concretização das disposições do Estatuto da Cidade são:

A função social da propriedade rural ou urbana, objetivando à conscientização – de cada indivíduo enquanto membro de uma sociedade – sobre a importância de se observar o bem comum. O titular do imóvel continuará tendo o direito de usá-lo, gozá-lo, dispô-lo e reavê-lo, desde que o exercício corresponda com os anseios da sociedade, conforme dispõe o inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Cabem aos Municípios a tarefa de indicar e fiscalizar, quando for de sua competência, a função social da propriedade e da cidade.

Interesse público, princípio central da política de governo democrático,

destina-se a concretizar a justiça social e o bem-estar da coletividade, portanto, compreende o interesse contraposto ao interesse individual, isto é, constitui no interesse do conjunto social e não da pretensão de cada indivíduo. Salienta-se que o interesse público não é o interesse da maioria, mas sim, o interesse que consiste no bem-estar da vida em comunidade, logo interessa a todos.

A gestão democrática é uma forma de gerir possibilitando transparência e a participação da população, sem qualquer restrição, nas tomadas de decisões de interesse público.

Outro alicerce do estatuto é a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, buscando reduzir as diferenças sociais, vide artigo 2º, IX do Estatuto da Cidade.

E, por fim, a isonomia de condições entre os cidadãos garantindo que o planejamento deve ser construído a partir da participação permanente dos diferentes grupos sociais, assim, as propostas de cada indivíduo deverão receber tratamento igualitário, sem distinção de classe, grau ou poder econômico.

[...] em vários de seus dispositivos, vieram expressas as necessidades de serem conjugadas, na formulação de Políticas Públicas, a mediação entre os interesses dos diversos segmentos da sociedade. Isto se fará por meio da realização de audiências e consultas públicas, da transparência na gestão e da publicidade dos atos ali praticados. Esses elementos unidos podem favorecer a ruptura com uma tradição encontrada em grande parte dos municípios brasileiros, que são políticas de cunho paternalista, populista e clientelista (FONSECA, 2009, p. 62).

Verifica-se assim que a democracia participativa parece ganhar força com o Estatuto da Cidade. Embora na prática seja necessário admitir a existência de forças contrárias que lutam desfavoravelmente. Aliás, o antagonismo se concretiza na própria legislação constitucional. Entretanto, merece reconhecimento a reflexão de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

As normas de ordem pública e interesse social, que passam a regular o uso da propriedade nas cidades, deixam de ter caráter única e exclusivamente individual, assumindo valores metaindividuais na medida em que o uso da propriedade, em decorrência do que determina o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade, passa a ser regulado em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental. (FIORILLO, 2008, p. 37/38).

Com relação ao princípio da função social da propriedade e da cidade e em razão das necessidades da sociedade, no geral, o estatuto prevê alguns instrumentos de intervenção estatal que derivam do cumprimento da função social.

O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, que consiste em sanção tributária municipal, cobrada da propriedade predial e territorial urbana quando forem infrutíferas as notificações para o parcelamento, edificação e utilização compulsórias.

A desapropriação para fins de reforma urbana por descumprimento da função

social da propriedade. Instrumento mais drástico da ordem urbanística, uma vez que, transfere compulsoriamente um bem particular para o domínio público ou para outro particular, mediante reposição financeira.

O direito de preempção que é o direito de preferência do poder público municipal na aquisição de imóvel alienado por particulares. O plano diretor é o instrumento que delimitará as áreas de preferência e os prazos de vigência, nunca superior a cinco anos.

A edificação e utilização compulsória, ou seja, o poder público municipal tem o direito de exigir a construção e a utilização adequada e útil do imóvel urbano.

Em linhas gerais, comprometido com a ideia de cidade sustentável e democraticamente gerida, o Estatuto da Cidade determina regras de promoção de desenvolvimento urbano através da interação entre a sociedade civil e o governo, buscando em conjunto solucionar e evitar problemas decorrentes do crescimento descontrolado das cidades brasileiras e, conseqüentemente, melhorar a qualidade de vida da população.

### 3.2 Plano Diretor

O Plano Diretor está previsto no Estatuto da Cidade como um dos instrumentos básicos de orientação das políticas públicas para o desenvolvimento e expansão urbana dos Municípios. É lei municipal elaborada com o apoio da sociedade civil.

Possui como função a sistematização de diretrizes para o desenvolvimento físico e social dos terrenos municipais, visando o bem-estar da coletividade, a justiça social e o desenvolvimento das atividades econômicas, permitindo a realização da função social da cidade.

Plano diretor é um documento que sintetiza e torna explícitos os objetivos consensuados do Município e estabelece princípios, diretrizes e normas a serem utilizadas como base para que as decisões dos atores envolvidos no processo de desenvolvimento urbano converjam, tanto quanto possível, na direção desses objetivos. (SABOYA, 2007, p. 39).

A Constituição Federal e o Estatuto da Cidade trazem em seus textos bases ideológicas fundamentais para combater o processo histórico de desenvolvimento descontrolado e desigual das cidades brasileiras, através da função social da propriedade e da cidade e a participação popular no planejamento das cidades, esses dois elementos devem estar presentes no Plano Diretor Municipal. O Município que violar o ideal da gestão democrática estará contrariando a Constituição Federal.

Nos dizeres do professor Nelson Saule Junior:

[...] com a definição do Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito, temos ostentado o princípio da participação popular como determinante para eficácia das normas sobre a política urbana, sendo integrante desse conjunto de normas do direito urbanístico o Plano Diretor.

(SAULE JUNIOR, 1997, p. 244).

A existência do plano diretor é condição básica para que o Município legisle e oriente a população sobre as limitações urbanísticas à propriedade urbana e determine as obrigações de fazer ou não fazer dos proprietários, visando o cumprimento da função social da propriedade.

Salienta-se que as normas contidas no plano diretor deverão ser planejadas conforme a realidade de cada Município.

Em um país tão vasto como o Brasil, com regiões diferentes umas das outras, a Lei 10.257 nada mais é do que um conjunto de normas jurídicas, instrumentos disponibilizados e opcionais para o município, adaptando-se ao Município e à sua realidade (MEDAUAR, 2004, p. 17).

A fundamentação constitucional dessa política está disposta no artigo 30, VIII e artigo 182. Esses artigos atribuem aos Municípios competência para planejar e ordenar os espaços físicos.

Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. (BRASIL, 1988, p. 38).

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. (BRASIL, 1988, p. 124/125).

O plano diretor está positivado nos artigos 39 a 42 do Estatuto da Cidade, sendo obrigatório para os Municípios que tenham população acima de 20.000 (vinte mil) habitantes, cidades que integrem áreas de relevante interesse turístico ou que tenham atividades de grande impacto ambiental e é optativo para as cidades que possuam população inferior ou nenhum desses requisitos. Sua aplicação deve abranger tanto a área rural como a urbana do Município contemplado.

Ressalta-se que as diretrizes para o planejamento urbano não são definidas a priori, assim, dando margem para a sua deliberada estipulação. Importante destaque se apresenta:

Em síntese, para que efetivamente cumpra sua função constitucional, o plano diretor deverá harmonizar as diferentes regras jurídicas de meio ambiente cultural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente natural, adaptadas concretamente ao Município dentro do critério básico, já comentado, de assegurar a brasileiros e estrangeiros que aqui residam o trinômio vida-trabalho-consumo. (FIORILLO 2008, p. 125).

Por isso, os objetivos que devem ser observados tanto pelo poder público bem como pelos particulares, surgem de discussões democráticas entre as pessoas inseridas no Município para que após o consenso seja concretizado o instrumento de política pública que atenda aos interesses e, sobretudo, às da população.

#### **4. O DIREITO URBANÍSTICO, GESTÃO DEMOCRÁTICA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

A Constituição Federal em seu artigo 1º declara que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, e sendo um Estado com ideais democráticos a população deixou de ser mera espectadora para se tornar ativa co-gestora, fiscalizadora e colaboradora do poder público. Para tanto, a Carta Magna estabeleceu expressamente em seu texto meios de gestão democrática, por ser este um dos elementos fundamentais para a realização da democracia.

Não há que se falar em democracia sem a participação popular.

Nas palavras do autor Edésio Fernandes:

[...] direito coletivo à participação democrática no processo decisório da ordem urbanística é o direito de todos - individualmente, por intermédio de representantes, eleitos ou através de outras formas de organização de interesses coletivos - de participarem da gestão das cidades. (FERNANDES, 2005, p. 26).

Na gestão democrática do desenvolvimento municipal, se faz mister a participação da população na elaboração de diretrizes básicas que versem sobre as limitações e expansões urbanas. Essa participação popular está respaldada no artigo 29, XII, Constituição Federal de 1988, “cooperação das associações representativas no planejamento municipal” e no Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001 em seu artigo 2º, II.

Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. (BRASIL, 2001, p. 01).

Diante dessa concepção democrática o Estatuto da Cidade prevê diversos mecanismos para a garantia da gestão democrática como os conselhos de desenvolvimento urbano e as audiências e consultas públicas.

Os conselhos de desenvolvimento urbano constituem um importante instrumento de gestão participativa no âmbito municipal, estadual e nacional e tem por finalidade fomentar discussões e elaborar políticas, estudos, pesquisas, programas e projetos que orientem o legislador na concretização do pleno

desenvolvimento urbano. Logo, esses conselhos cooperam com as esferas de governo e com a sociedade civil na formulação e execução da política de desenvolvimento urbano.

Segundo o advogado, mestre em planejamento urbano e regional, João Telmo de Oliveira Filho, os conselhos são:

[...] uma das melhores formas de organização administrativa adotada para possibilitar a participação dos cidadãos na gestão das políticas públicas é a do Conselho, que se configura como órgão administrativo colegiado, de caráter deliberativo e/ou consultivo, com representantes da sociedade e do poder público. (OLIVEIRA FILHO, 2004, p. 03).

As audiências públicas, instrumento de participação popular, garantido pela Constituição Federal e regulado por leis federais é um espaço destinado a discussões entre a população e o poder público na formulação de políticas públicas. Geralmente, a audiência é uma reunião coordenada pelo órgão competente ou em conjunto com entidades da sociedade civil que a propuseram.

Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto, professor e advogado, a audiência pública é:

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais, visando a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que podem conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual. (MOREIRA NETO, 2000, p. 129).

O direito à voz, a garantia do direito ao acesso à informação compreensível e a publicidade são preceitos norteadores das audiências. Esses princípios atuam positivamente na proteção e no desenvolvimento da coletividade. Além disso, esses princípios são instrumentos de controle social sobre a Administração Pública. A doutrina de Fiorillo, não discrepa:

Os debates, audiências e consultas públicas (art.43, II), inclusive como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (art. 44), atestam, sob o ponto de vista jurídico, a vontade do legislador de submeter ao próprio povo – livre de intermediários institucionais – a gestão democrática da cidade. (FIORILLO, 2006, p. 127).

Nesse sentido, tomando por base a gestão democrática explicitada no artigo 43 do Estatuto da Cidade e seus incisos, as audiências, consultas públicas e debates deverão ser observados na elaboração de políticas públicas. Ademais, no mesmo dispositivo legal há a previsão da utilização dos conselhos de política urbana como instrumentos de gestão participativa.

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

- I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; (BRASIL, 2001, p. 15/16).

O administrador público deverá observar e efetivar os princípios e diretrizes estabelecidas na lei, todavia, caso não faça, constituirá vício do processo legislativo, sendo possível o seu questionamento por via judicial.

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

(...)

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei (BRASIL, 2001, p. 17).

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

- I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;
- II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;
- III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. (BRASIL, 2001, p. 11).

Observa-se, portanto, que a presença participativa de toda a coletividade é requisito indispensável à gestão democrática. Caso não seja observado esse elemento, poderá gerar improbidade administrativa.

Diante do exposto, entende-se que o planejamento urbano deve ser um instrumento de democratização ao invés de um mero processo técnico e, para tanto, busca-se uma política de gestão urbana a partir da participação direta da população de uma forma democrática e participativa.

A gestão democrática da cidade deve ser entendida como um valor autônomo que concretize a participação, transparência e a democratização no que se aplica a política urbana e a elaboração de planos diretores.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização do presente estudo é possível afirmar que o Direito Urbanístico está intrinsecamente ligado à gestão democrática das cidades brasileiras, por meio de mecanismos pautados na legislação constitucional e infraconstitucional referentes à função social da propriedade, à gestão democrática,

ao interesse público, à justa distribuição dos benefícios e ao ônus decorrentes do processo de urbanização, entre outros princípios.

As disposições previstas especialmente no Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, afirmam ser possível a efetivação da democracia participativa e da gestão democrática na elaboração de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano. Para tanto é necessário que se cumpra a legislação vigente.

Assim, o Estatuto da Cidade pretende proporcionar aos Municípios um crescimento urbano buscando a preservação do meio ambiente e conseqüentemente a melhoria na qualidade de vida dos habitantes, com o ideal da inclusão social.

Neste sentido é importante valorizar o notável avanço social no sentido de democratizar a gestão pública e que se justifica e, ao mesmo tempo se consubstancia, na ideia de que a participação popular é fundamental para a construção da cidade e, também, para o seu pleno desenvolvimento.

O estatuto marca uma nova fase na gestão das cidades, instituindo diretrizes democráticas a serem observadas pela sociedade civil e pelo poder público, tendo como compromisso a responsabilidade social com seres humanos e todas demais criaturas do planeta.

Portanto, o Direito Urbanístico deve ter como norte a garantia de uma sadia qualidade de vida nos espaços urbanos, primando não só pelo atendimento das necessidades físico-materiais da sociedade, mas também das necessidades políticas e culturais implicadas no pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

A satisfação das diversas necessidades sociais implicadas no desenvolvimento das relações sociais, econômicas, políticas e culturais travadas no espaço urbano há, necessariamente, de se dar de forma que seja possível a sua produção e reprodução para o futuro, ou seja, de forma não degradante para o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Imprensa Nacional, 2001.

FERNANDES, Edésio (out/nov. 2005). **A Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil**. Revista *MAGister* de Direito Imobiliário, Ambiental e Urbanístico, n.2.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto a cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos

Tribunais. 2008 – ISBN 978-85-203-3308-2.

FONSECA, Jumária Fernandes Ribeiro. **O Orçamento Participativo e a Gestão Democrática de Goiânia**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Planejamento Territorial da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009.

JURISWAY. **A importância da participação popular no desenvolvimento municipal**. 2014. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13217](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13217)> Acesso em 16 ago. 2016.

MEDAUAR, Odete. **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Edição, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 – ISBN 85-7147-254-8.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. **O Estatuto da Cidade : fundamentos e principais instrumentos**. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5370/o-estatuto-da-cidade>> Acesso em: 16 ago. 2016.

PINTO, Victor Carvalho. **Notas Introdutórias ao Direito Urbanístico**. Ministério Público do Estado de São Paulo. Temas de Direito Urbanístico. Caohurb. São Paulo: 1999.

SABOYA, Renato. **Concepção de um sistema de suporte à elaboração de planos diretores participativos**. 2007. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Civil – Universidade Federal de Santa Catarina.

SANTOS, Milton. **Pobreza Urbana**. com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abala. 3. ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2013 – ISBN 978-85-314-1158-8.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana**. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 244.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 – ISBN 85-7420-674-1.

**ABSTRACT:** In order to analyze the relationship between Urban Law and democratic management, the public policy instruments foreseen in the City Statute, such as the Master Plan, the public hearings and the Urban Development Councils, will be analyzed. Supported by the Federal Constitution and the City Statute, it can be noted that urban planning is intrinsically linked to popular participation, since the

mechanisms of urban development stem from the rich and increasingly intense interaction between public power and civil society. The study was developed using a bibliographical, historical, doctrinal and legislative methodology.

**KEYWORDS:** Urbanistic Law; Statute of the City; management.

## **CAPÍTULO III**

### **A INCLUSÃO SOCIAL DOS AUTISTAS FACE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA EDUCAÇÃO**

---

**Yuki Lopes Tamura  
Leila CleuriPryjma**

## A INCLUSÃO SOCIAL DOS AUTISTAS FACE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA EDUCAÇÃO

**Yuki Lopes Tamura**

Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Apucarana - Paraná

**Leila CleuriPryjma**

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná - IFPR

Pitanga - Paraná

**RESUMO:** O presente artigo visa demonstrar uma conceituação do autismo, suas peculiaridades e a necessidade de incluir as crianças portadoras de autismo em instituição escolares de fato. Sabemos que legalmente essa inclusão já existe, mas na prática necessita dessa ênfase e de trazer à tona as leis que geram esse amparo legal. Mostrar-se-á que o direito a educação previsto na Constituição Federal de 1988 no Estatuto da Criança e do Adolescente, se cumprido da forma como a lei estabelece, certamente ajuda e auxilia as crianças a conseguirem sair do seu eu interno e poder enxergar o mundo com os mesmos olhos de uma criança sem nenhum tipo de deficiência: de ser feliz, sem preconceitos e, sobretudo, igualitário. O escopo deste texto apresenta um levantamento bibliográfico dessas leis e sua visão na prática educativa e ousa discutir que é através da educação que o autista consegue se inserir na sociedade, sendo esta, portanto, a melhor forma de inclusão social encontrada para garantir que os autistas vivam com dignidade e honra, direitos subjetivos que jamais deverão ser violados, independente da deficiência que lhes acometem. Ousamos também neste texto, discutir a realidade da sala de aula e a necessidade de inclusão dos docentes, ampliando-lhes a visão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autismo; Direito à Educação; Inclusão Social.

### INTRODUÇÃO

O termo autismo se caracteriza por uma síndrome comportamental, a qual se manifesta desde o nascimento ou nos primeiros anos de vida. Foi descrita, inicialmente, por Leo Kanner em 1943.

Nas décadas subsequentes o autismo se fortaleceu e atualmente é visto por uma desordem neurobiológica caracterizado por uma tríade de prejuízos na área de interação comunicativa, social e padrões repetitivos de comportamentos e interesses.

São indivíduos com distúrbios do contato afetivo que se demonstram, dependendo do nível, imersos e reclusos em seus próprios mundos interiores, porém tais comportamentos podem variar quanto ao grau de acometimento do espectro autista. A discussão acerca do autismo é marcada por um longo e complexo campo de investigações marcado por contradições e controvérsias.

O que nos é claro é que por muitos anos, essas crianças permaneceram

invisíveis às legislações educacionais e o direito à educação e à igualdade lhe foram negados. A educação de uma criança portadora de autismo, ainda hoje, apresenta um desafio aos profissionais da educação e aos pais destas crianças que, por muitas vezes, desconhecem a legislação.

Hoje em dia, o direito à educação do autista é assegurada através da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e de inúmeras leis esparsas que versam sobre essa temática. Portanto, após um longo lapso temporal sem uma legislação universal que efetivamente trouxesse meios para a inclusão social num panorama geral, vieram essas leis para trazer um certo conforto e assegurar que esses deficientes tenham uma educação justa e igualitária.

Muitos autores recomendam veemente uma contínua revisão de nossas crenças, valores e conhecimentos sobre nós mesmos e o mundo para visualizar e compreender o autismo, e é nessa vertente que ousamos através de um levantamento bibliográfico, utilizando o método dialético adentrar esse campo, antagônico e profícuo de discussões.

Neste eito, abordar-se-á, num primeiro plano, a conceituação e desenvolvimento do autismo ao longo das décadas, passando-se pelas legislações atinentes ao tema e, por fim, a inclusão social do autista pautado na educação como meio de se incluir, de socializar e, sobretudo, de interagir.

## 1. A SÍNDROME DO AUTISMO

A palavra “autismo” foi inicialmente empregada pelo médico Leo Kanner, no artigo intitulado: “Distúrbios autísticos do contato afetivo” (Autisticdisturbancesofaffectivecontact), no ano de 1943. Após esse importantíssimo marco inaugural do termo, essa síndrome passou a ser estudada ano a ano por diversos pesquisadores do Brasil e do mundo.

Sobre essa temática:

Kanner, em 1943, usou a mesma expressão para descrever 11 crianças que tinham em comum comportamento bastante original. Sugeriu que se tratava de uma inabilidade inata para estabelecer contacto afetivo e interpessoal e que era uma síndrome bastante rara, mas, provavelmente, mais freqüente do que o esperado, pelo pequeno número de casos diagnosticados. (GADIA, 2004, p.19).

Dessa forma, após essa descrição inicial, considerava-se autistas somente aqueles indivíduos com graves dificuldades de se portar como uma pessoa “comum”. Obviamente que com o passar dos anos, a conceituação e abrangência das pessoas que portam essa síndrome aumentou gradativamente até chegar-se à conceituação atual.

Recentemente, a Organização Mundial de Saúde publicou a definição do autismo, segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID-10):

O autismo é um Transtorno Invasivo do Desenvolvimento definido pela presença de desenvolvimento anormal e/ou comprometimento em todas as três áreas de interação social, comunicação e comportamento restrito e repetitivo. Manifesta-se antes dos três anos de idade e ocorre três ou quatro vezes mais em meninos. Há comprometimentos qualitativos na interação social recíproca, comprometimentos qualitativos na comunicação e padrões de comportamento, interesses e atividades restritos, repetitivos e estereotipados (OMS, 1993).

Ocorre que a definição mais aceita e que vem ganhando notoriedade dentro da Educação e do Direito é da National Society for Autistic Children, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que preleciona que:

Autismo é uma síndrome presente desde o nascimento e se manifesta invariavelmente antes dos 30 meses de idade. Caracteriza-se por respostas anormais a estímulos auditivos ou visuais, e, por problemas graves quanto à compreensão da linguagem falada. A fala custa a aparecer, e, quando isso acontece, nota-se ecolalia, uso inadequado dos pronomes, estrutura gramatical imatura, incapacidade de usar termos abstratos. Há também, em geral, uma incapacidade na utilização social, tanto da linguagem verbal como da corpórea. (GAUDERER, 2004, p.8)

Importante ressaltar que para cada estudioso do tema a definição pode possuir uma peculiaridade, mas sempre em consonância com o núcleo central da conceituação: que é uma anomalia caracterizada pelos problemas de convivência e expressão.

No Brasil, existe a Lei que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, que trouxe no artigo inaugural a definição concreta do que pode ser entendido por autista, a não permitir que haja interpretações diversas, qual seja:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º: Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

§ 2º: A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.

Dessa forma, evidenciado que a conceituação do que vem a ser o autista se aperfeiçoou de forma astronômica se comparada ao marco inaugural de Leo Kanner, ou seja, a síndrome do autismo hoje é analisada com um olhar mais preocupado e humanístico por todas as categorias dos estudiosos do tema.

### **1.1 Causa do Autismo**

Salienta-se que, inicialmente, acreditava-se que o autismo era causado por questões psicológicas e que os responsáveis pelo quadro eram os pais da criança, que certamente possuíam um comportamento obsessivo e frio com seus filhos. Naturalmente, conforme a medicina avança e o conhecimento se difunde, essa afirmativa foi claramente deixada de lado e hoje considera-se o autismo uma desordem neurobiológica, e não psicológica.

Importante ressaltar que ninguém será igual a alguém, todos possuem particularidades e nesse sentido:

Reconhecer uma variabilidade de combinações é fundamental para compreender as pessoas com autismo e as suas diferentes necessidades individuais. Não obstante estes indivíduos manifestarem um conjunto de sintomas que permitem realizar um diagnóstico clínico, não existem duas pessoas afectadas da mesma forma e por isso podem ser muito diferentes entre si, não constituindo um grupo homogêneo. (DGIDC, 2008, p.9).

O autismo, portanto, irá se manifestar de diferentes formas numa criança. Não há um padrão dentro da ciência para analisar e identificar as crianças portadoras dessa síndrome, isso porque nenhum organismo, obviamente, será igual a outro.

Frise-se que na medicina ainda não há nenhum tipo de exame que comprove com profundidade que a criança possui autismo. Para se chegar ao ponto do médico proferir um diagnóstico afirmando a existência dessa síndrome, estes se utilizam, basicamente, da história da criança e o comportamento que possui em relação aos semelhantes.

### **1.2 O Convívio com o Autista em Sociedade**

A escola, ambiente de formação intelectual e social, deve estar predisposta a aceitar a diferença de cada um, e esse tem sido um tema recorrente na escola (TEDESCO, 2005), (UNESCO, 2004), (ENS, GISI, 2010), (NÓVOA, 1992) no qual se destaca que cada aluno tem seu ritmo, sua cultura, possui o seu lugar e a escola deve favorecer a construção dessa identidade.

Aceitando essa concepção de escola, essa movimenta-se no sentido de responder às necessidades específicas dos alunos, que envolve desde o fomento

dos recursos necessários, às condições para que todos, independentemente de possuírem alguma necessidade especial ou não possa frequentar a escola.

Nesse contexto, a inclusão social deve ser compreendida como condição ideal de funcionalidade, sem nunca se esquecer de que a inclusão é um desafio diário e que os alunos e docentes estão amparados por aspectos normativos emanados pelo Ministério da Educação, leis, decretos leis a fim que construir e melhorar as condições de vida desses brasileiros.

Sabemos que muitas vezes, uma escola assim é utópica, porém é este sonho que deve ser compartilhado, o de ver se concretizando uma escola de qualidade que valorize a diferença de cada um, uma escola capaz de reconhecer cada aluno como um sujeito pleno de direitos, capaz de responder às situações de diversidade, educar para a inclusão e preparar para a vida.

Porém, a realidade não é bem esta, apesar da porcentagem crescente de crianças com deficiência nas salas de aula, ainda existem dificuldades a serem superadas para que a inclusão ocorra de forma plena. Esse caminho passa por professores sem formação específica, excesso de alunos por sala, desconhecimento das leis vigentes e infraestrutura são apenas alguns dos obstáculos.

Em alguns casos, persiste até uma resistência em compreender o significado da inclusão, além disso precisamos superar a visão que ainda persiste de que crianças com transtorno devem ser institucionalizadas, abandonadas ou negligenciadas, ou outras quaisquer conotações negativas ou paternalistas de incapacidade, dependência ou diferença, nosso país precisa romper essas visões limitadas, emergindo um compromisso em relação aos direitos e ao futuro dessas crianças, dando prioridade àquelas que vivem nas condições menos favoráveis.

Crianças com deficiência encontram, ao longo de suas vidas, diferentes formas de exclusão e são afetadas em diferentes níveis. É este o sonho que se quer ver concretizado, uma escola de qualidade que valorize a diferença de todos e de cada um, que seja capaz de responder às situações de diversidade e, em simultâneo, educar para a inclusão, o que neste momento particular é fundamental.

Para se promover a educação da maioria possível de brasileiros é necessário promover inclusão e justiça. O governo tem o poder de ajudar, através de programas e parcerias internacionais, bem como a comunidade de pesquisa vem trabalhando para dar maior visibilidade às crianças por meio de coleta e análise de dados. Percebemos avanços, pois dados do Censo Escolar indicam o crescimento expressivo em relação às matrículas tendo mais de 600.000 estudantes especiais matriculados em classes comuns. Esse número é crescente graças à conscientização, inclusão e, principalmente, às legislações de proteção.

O centro de estudos de reabilitação cognitiva elencou várias pessoas de sucesso portadoras de autismo, tais quais:

TempleGrandin que nasceu autista e seu jeito antissocial e agressivo era mal visto entre as pessoas com as quais convivia. Tinha dificuldades de compreensão visto que para ela as coisas seguiam uma lógica particular. Temple é P.H.D. em Ciências Animais na Universidade de Colorado.

Bill Gates se balança continuamente durante reuniões de negócios e em

aviões e não dá importância à sua aparência, não mantém contato olho-a-olho e tem pouca habilidade social.

Esses dois exemplos estão aqui, não como exposição ou ilustração de genialidades, mas para o levantamento da seguinte pergunta problema: Uma educação bem direcionada, com uma legislação pertinente pode levar as crianças com autismo a saírem das sombras e alcançar a genialidade? A resposta é obviamente “sim”, e é essa educação que os cidadãos brasileiros merecem.

Dessa forma, fica evidente que o convívio do autista em sociedade é mais do que possível. Isso se dá porque é através da educação, com o auxílio de políticas públicas e de pais que tenham a consciência das necessidades, dificuldades e desafios dos seus filhos agirem positivamente, sempre buscando o bem estar do deficiente e, principalmente, acreditando que aquela criança poderá ser como qualquer outra criança, independente de grau de deficiência ou qualquer barreira que estas pessoas possuem.

## 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO DO AUTISTA

Antes de adentrar em específico aos Direitos da pessoa com deficiência, bem como a evidente necessidade e importância dessas políticas para o desenvolvimento dessas pessoas, destaca-se a citação do artigo 1º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e seu propósito, qual seja:

O propósito da Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. (ONU, 2016)

Possuindo a citação supra como paradigma para análise das demais questões, como se sabe, hoje em dia, está-se diante de uma sociedade em que é primordial que se assegure a todos uma educação gratuita, de qualidade e irrestrita. Isso, obviamente, não diferente dos autistas.

Em 2012 foi promulgada a Lei 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA), que traz, dentre variadas temáticas, que:

Art. 3: São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

- I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;
- II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;
- III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:
  - a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;

- b) o atendimento multiprofissional;
  - c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
  - d) os medicamentos;
  - e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;
- IV - o acesso:
- a) à educação e ao ensino profissionalizante;
  - b) à moradia, inclusive à residência protegida;
  - c) ao mercado de trabalho;
  - d) à previdência social e à assistência social.

Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.(BRASIL, 2016)

O artigo 54 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) preconiza, no corpo do texto, que:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;
- VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.  
§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.  
(BRASIL, 2016).

O caput do artigo supra, somados seus incisos e parágrafos demonstram claramente que a educação será conferida a todos, irrestritamente. Ou seja, os autistas também serão contemplados com essa disposição legal que garantirá a educação especializada, preferencialmente na rede regular de ensino e gratuitamente.

Isso sem adentrar no preceito constitucional que assegura a educação ampla, irrestrita e gratuita a todos os brasileiros do país, conforme ensina o artigo 205 da Constituição Federal de 1988:

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

Fica claro que a legislação brasileira é farta no que se refere à proteção dos autistas. Basta que se cumpra efetivamente o que vem transcrito nas Constituições, nos Estatutos e nas legislações esparsas.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de disposições legais que vem para assegurar o direito à educação inclusiva das pessoas portadoras do Transtorno do Espectro Autista. A legislação brasileira é extremamente ampla ao trazer normas capazes de assegurar o direito à educação como um todo. Mais uma vez, cumpre a Constituição o papel de ser chamada de “Constituição Cidadã”.

## **2.1 A Inclusão Social do Autista por meio da Educação**

Além da legislação, é importante salientar que a inclusão educacional no Brasil é uma ação política, cultural, social e pedagógica, que visa garantir o direito de todos os alunos de estarem juntos, aprendendo e participando (BRASIL,2007). A discussão acerca da Educação Especial se iniciou no país a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Efetivando-se legalmente com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96), a qual propõe que pessoas com deficiência deveriam ser inseridas preferencialmente, no ensino regular, assim como apresenta a constituição acima já citada, a declaração de Jomtien (1990) e da Salamanca (1994) a universalização da educação passou realmente a ser discutida e implementada nas escolas regulares.

A literatura tem nos apresentado diversas pesquisas que versam sobre a inclusão social da criança com o Transtorno do Espectro Autista. Gomide (2009) analisou aspectos psicoeducacionais e elencou que há baixas expectativas em relação às verdadeiras potencialidades dessa população. Santos (2009) alerta para uma concepção negativa por parte dos educadores aos portadores do Transtorno do Espectro Autista e Schmidt (2012) destaca que essa visão pode ser advinda da própria mídia que apresenta distorções acerca do Transtorno, ora concebendo-lhes como uma pessoa isolada e incapaz de relações sociais, ora como dotado de habilidades especiais surpreendentes.

Em contraposição a esses resultados, encontramos também pesquisas que apresentam como o educando com autismo se desenvolveu socialmente com seus pares e agentes escolares, Brandão (2009) pesquisou as interações sociais de um menino de 08 anos com transtorno do espectro autista que, ao frequentar a Escola Parque, se igualava aos colegas na realização das tarefas que ocorriam coletivamente. Marrocco (2012) utilizou-se de entrevistas semiestruturadas com duas professoras, profissionais e famílias dos sujeitos, bem como de diários de campo a fim de registrar os modos de interação de sujeitos com transtorno do espectro autista.

Neste estudo, Marrocco mostra como o processo de comunicação é essencial na interação do aluno. Por fim, Rhame (2010) investigou a interação social de alunos

com autismo em contexto educacional, observando a convivência desses educando com seus colegas, as análises apontaram efeitos terapêuticos positivos no processo de inserção do educando com autismo na escola regular.

Estudos assim, comprovam o quanto os movimentos acolhedores e de interação com os colegas, em relação ao aluno autista suscitam momentos de tensão e de superação da suposta diferença.

## **2.2 Os Resultados Advindos com a Educação**

A educação de uma criança autista é, provavelmente, uma das experiências mais comovedoras e radicais que um professor pode ter, pois transforma, desde as suas raízes, e a própria educação. A relação com as crianças autistas obriga-nos a questionar em que consiste ser “normal” e a perguntar por que é que há certas pessoas que se distanciam tão profundamente do que entendemos habitualmente por normalidade.

Além disso, essa relação coloca à prova, mais que nenhuma outra, os nossos recursos e a nossa criatividade para saber como ajudar as crianças com autismo a aproximarem-se do mundo dos significados e das relações humanamente significativas que as outras crianças possuem. Para educar as crianças com autismo, não basta conhecer e aplicar determinadas técnicas, é necessário compreender no que consiste ser autista, ter uma atitude de indagação ativa e de exploração criativa. Quando temos esta atitude, a relação educacional com crianças autistas (por mais dura e exigente que seja) torna-se numa tarefa apaixonante, desafiante e enriquecedora.

O conceito de escola inclusiva implica a resposta educativa adequada à diversidade de características e necessidades de todos os alunos, isto é, promovendo o sucesso educativo e a inclusão efetiva das crianças e jovens com necessidades educativas especiais de qualquer forma que ela se manifeste. Promove-se a equidade educativa que se traduz na garantia da igualdade de acesso, de oportunidades e de resultados para todos os alunos.

Neste contexto importa, em primeiro lugar, reconhecer a singularidade de cada criança/jovem com transtorno do espectro autista e proporcionar-lhe a oferta de respostas educativas adequadas, pressupondo a individualização e personalização das estratégias educativas, com o objetivo de promover a aquisição de competências de autonomia e acesso à condução plena da cidadania por parte de todos.

Alguns pesquisadores já elencaram como é possível viabilizar o acesso desses educandos à escola regular, Giardinetto (2009), Bez (2010), Brandizzi (2009) e Melo (2010) seus estudos apresentam o foco nas interações estabelecidas entre as crianças com o transtorno do espectro autista e diferentes grupos, buscando fazer com que esses indivíduos partissem ativamente, de forma independente, produtiva e socialmente aceitável das atividades realizadas em contextos familiares, educacionais e sociais.

Porém tais pesquisas esbarram em um contexto paralelo, a formação dos docentes para a inclusão. Apesar de a necessidade de preparação adequada dos agentes educacionais estar preconizada na Declaração de Salamanca (Brasil, 1994) e na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 1996) como fator fundamental para a mudança em direção às escolas integradoras, o que tem acontecido nos cursos de formação docente, em termos gerais, é a ênfase dada aos aspectos teóricos, com currículos distanciados da prática pedagógica, não proporcionando, por conseguinte, a capacitação necessária aos profissionais para o trabalho com a diversidade dos educandos (Rodrigues, 2003).

## CONCLUSÃO

Por tudo o que foi apresentado, vê-se que a conceituação de autismo se aperfeiçoou conforme o tempo passou. Da simples imposição de um conceito extremamente específico formulado por Leo Kanner até a conceituação atual ensinado tanto pela legislação nacional até a adotada pela Organização das Nações Unidas, vê-se que ela foi se amoldando conforme passam as décadas.

Vê-se também a variedade de Leis que abarcam sobre o tema educação e, de uma maneira genérica, a educação especial. A nossa constituição é clara ao mencionar que “todos são iguais perante Lei”. Tenta-se construir no Brasil uma Democracia inabalável, e é através de polícias públicas como a inclusão social dos autistas que de mostra a grandeza da igualdade e justiça no Brasil.

Diante dos estudos analisados constatou-se que a presença de alunos com autismo, em escolas regulares, aumentou de forma expressiva, após a popularização do paradigma da inclusão e, conseqüente, extinção das escolas especiais. Isso só se faz possível mediante a presença de legislações pertinentes e que garantam o direito dos cidadãos portadores do Transtorno do Espectro Autista. Sobre este aspecto é importante destacar que a inclusão não precisa ser compreendida como uma dicotomia entre inclusão/exclusão, classes especiais ou salas regulares, mas sim como um direito compreendido ao aluno.

Esse estudo não se esgota em si mesmo, mas suscita um campo fértil de discussões e abertura de caminhos tanto aos portadores do transtorno, quanto às suas famílias e educadores. Face aos resultados encontrados no nosso estudo e atendendo ao quadro legislativo do nosso país que confere “Lugar para Todos na Escola”, parece-nos, sem dúvida, que é necessário realçar que esta premissa só se pode efetivar com base em normas que satisfaçam o coletivo, ou seja, ambos os lados devem obter ganhos com esta experiência.

## REFERÊNCIAS

ABRA. Associação Brasileira de Autismo. **Metas para a Década das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <http://www.indianopolis.com.br/si/site/1147> acesso

em: 28/08/10.

BAPTISTA, C. R. e BOSA, C. **Autismo e educação**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

BEZ, M. R. **Comunicação aumentativa e alternativa para sujeitos com Transtornos Globais do Desenvolvimento na promoção da expressão e intencionalidade por meio de ações mediadoras**. Dissertação (Mestrado em Educação). Programa de Pós-graduação em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, 2010.

BRANDÃO, L. de C. **Interação social em diferentes contextos escolares: estudo de caso de uma criança com autismo**. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Programa de Pós-graduação em Psicologia da Universidade Católica de Brasília, Brasília – DF, 2009.

BRANDIZZI, K. C. L. **O papel do relatório psicopedagógico na educação de alunos com autismo**. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Católica de Brasília, Brasília – DF, 2009.

BRASIL. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais**. Brasília: UNESCO, 1994.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas**. Brasília: MEC, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 10/06/2016.

\_\_\_\_\_. Lei 12.764/2012. **Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm). Acesso em: 30/08/2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 02/09/2016.

CONADE. **Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/conade/>. Acesso em: 02/08/10.

CONANDA. **Conselho Nacional da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.direitosdacrianca.org.br/conselhos/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/perguntas-mais-frequentes-sobre-o-conanda>

acesso em: 15/08/10.

CORDE. **Coordenadoria Nacional Para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Biblioteca. Fórum de discussão e elaboração do documento, durante o I Seminário para Definição de Política Nacional de Atenção à Pessoa Portadora da Síndrome do Autismo.** Disponível em [http://portal.mj.gov.br/corde/corde\\_Liv03.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/corde_Liv03.asp). Acesso em 05/09/2016.

CUNHA, Eugênio. **Autismo e inclusão: psicopedagogia práticas educativas na escola e na família.** Rio de Janeiro: WaK , 2009.

ENS, Romilda T; GISI, Maria Lourdes; EYNG, Ana Maria. Profissão docente em questão: tensões e desafios. In: ENS, Romilda T; BEHRENS, Marilda Aparecida. **Formação do professor: profissionalidade: pesquisa e cultura escolar.** Curitiba: Champagnat, 2010. p. 43-74.

GADIA, Carlos A. TUCHMAN, Roberto. ROTTA, Newra T. **Autismo e doenças invasivas de desenvolvimento.** J. Pediatr: 2004.

GAUDERER, Chirstian. **Autismo e outros atrasos do desenvolvimento. Guia prático para pais e profissionais.** 2ª Edição revista e ampliada. Revinter: 2004.

GIARDINETTO, A. **Educação do aluno com autismo: um estudo circunstanciado da experiência escolar inclusiva e as contribuições do currículo funcional natural.** 2009. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista, Marília, 2009. Acesso em 08/09/2016.

GOMIDE, A. B. **A promoção do desenvolvimento do aluno autista nos processos educacionais.** 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2009.

KANNER, Leo. **Autistic Disturbances of Affective Contact.** NervousChild, n. 2,1943, p. 217-250.

MAROCCO, V. **Sujeitos com autismo em relações: educação e modos de interação.** Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação, 2012.

MELO, S. C. **Inclusão em Educação: um estudo sobre as percepções de professores da rede Estadual de Ensino Fundamental do Rio de Janeiro, sobre práticas pedagógicas de inclusão.** Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

NÓVOA, Antonio. (Org.) **Vidas de professores**. Porto: Porto Editora, 1992.

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – **Classificação dos transtornos mentais e de comportamento da CID-10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre, Artes Médicas: 1993.

PETTERS, T. **Autismo**: entendimento teórico e intervenção educacional. Cultura Médica, Rio de Janeiro 1998.

RAHME, M. M. F. **Laço social e educação**: um estudo sobre os efeitos do encontro com o outro no contexto escolar. 2010. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, University of São Paulo, São Paulo, 2010.

RODRIGUES, D. Educação Inclusiva: as boas e as más notícias, in: David Rodrigues (Org.) **Perspectivas sobre a Inclusão**: da Educação à Sociedade. Porto Editora: Porto. (2003).

SANTOS, M. A. **Entre o familiar e o estranho**: representações sociais de professores sobre o autismo infantil. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

SCHMIDT, C. **Temple Grandin e o autismo**: uma análise do filme. Revista Brasileira de Educação Especial, Marília, v. 18, n. 2, 2012, p. 179-194. Disponível em: . Acesso em: 27/05/2015.

SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. **As associações e o novo Código Civil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6416>. Acesso em: 13/08/10.

TEDESCO, Juan Carlos. Prólogo. In: Tenti Fanfani, Emílio. **La condición docente**: análisis comparado de la Argentina, Brasil, Perú y Uruguay. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2005. p. 11-14.

UNESCO. **O perfil dos professores brasileiros**: o que fazem, o que pensam, o que almejam. São Paulo: Moderna, 2004.

WING, L., & Gould, J. **Severe impairments of social interaction and associated abnormalities in children: Epidemiology and classification**. Journal of Autism and developmental Disorder. 1979, 9, p.11-29.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate a conceptualization of autism, its peculiarities and the need to include children with autism in school institution indeed. We know that legally this inclusion does not already exist, but in practice requires that emphasis and bringing up the laws that generate this legal support. Show that the right to education as provided for in the Federal Constitution of 1988 in the Statute of the child and adolescent, if satisfied of the way in which the law establishes, certainly helps and assists the children get out of your internal and see the world with the same eyes of a child without any type of disability: being happy, without prejudices and above all, egalitarian. The scope of this text presents a bibliographical survey of these laws and their vision in the educational practice and dare argue that it is through education that the autistic manages to enter into society, and this is therefore the best way to social inclusion found to ensure that autistics live with dignity and honor, subjective rights that should never be violated, regardless of disabilities that affect them. Dare also in this text, discuss the reality of the classroom and the need for inclusion of teachers, expanding their vision.

**KEYWORDS:** Autism; Right to education; Social inclusion.

## **CAPÍTULO IV**

### **A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO**

---

**Túlio Santos Caldeira**

# A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

**Túlio Santos Caldeira**

Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Londrina, Paraná

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre a influência e interferência do poder econômico sobre a organização do Estado e sobre a divisão e relacionamento Entre os três entes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, e como entender e administrar esta interferência econômica. Por meio do método dialético estabeleceu-se as premissas, conceitos, histórico e objetivos da tripartição dos poderes. Depois analisou-se um caso prático de quebra de divisão dos poderes no caso do parecer Legislativo sobre o orçamento da Justiça do Trabalho. Em seguida, demonstrou-se que parte desse comportamento anômalo de desrespeito à tripartição dos poderes advém da interferência do poder econômico que tem o objetivo de diminuir os custos de produção (especialmente os encargos e deveres trabalhistas) para aumento dos lucros. Por fim, fixou-se que uma das formas de o Estado se proteger ou controlar esta influência econômica é utilizando organismos internacionais de regulação que padronizam as exigências legais evitando o dumping social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tripartição de Poderes. Poder Econômico. Estado Contemporâneo.

## 1. INTRODUÇÃO

A tripartição de poderes não é um tema novo, já desde Aristóteles e também Montesquieu a organização do Poder e seu funcionamento são objeto de estudo. Por outro lado, a influência do poder econômico tem ganhado cada vez mais destaque no pensamento contemporâneo.

O poder econômico é uma forma de poder diversa daquela dos Estados nacionais, muitas vezes quase invisível, mas muito mais forte. O objetivo deste trabalho é cotejar a já antiga e consolidada ideia de tripartição dos poderes com a atual e globalizada influência do poder econômico.

Por meio do método dialético e da revisão bibliográfica se investigará o significado e o histórico da tripartição dos Poderes. Em seguida, ciente destes conceitos fundamentais, se analisará um caso prático de interação entre dois Entes estatais, o Legislativo e o Judiciário, na elaboração do orçamento para a Justiça do Trabalho. Descrito o caso prático e comprovada a quebra da tripartição dos poderes, passa-se para um estudo da influência do poder econômico sobre a tripartição dos Poderes. Finalmente, encerra-se com uma visão geral de como minimizar os efeitos nocivos da globalização e poder econômico para os direitos trabalhistas.

O objetivo, portanto, deste estudo é demonstrar a influência que o poder econômico globalizado tem sobre o Estado nacional, especialmente sobre a

organização e funcionamento do poder na figura da tripartição das competências estatais.

## 2. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, afirma que o Estado Brasileiro tem seu Poder tripartido em Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo todos independentes e harmônicos entre si. Esta escolha do constituinte originário representa a construção de ideias políticas que se desenvolveram ao longo dos séculos. Assim, para compreender a importância e a finalidade desta determinação constitucional em estabelecer a divisão de “Poderes” é preciso fazer um resgate das ideias originais até à atual concepção, transformada pelo tempo e adaptada pelas contingências pelas quais passou.

Foi Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, que celebrou a fórmula da tripartição dos poderes. Segundo ele, “existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2012, p. 190-191). Apesar da eloquência e da importante contribuição que este filósofo deu ao tema, não foi ele o precursor deste pensamento, pois Aristóteles já dividia o poder em três, mas sobre outro enfoque:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano (LENZA, 2010, p. 397).

A tripartição de “Poderes”, gestada por Aristóteles e desenvolvida por Montesquieu, defende, portanto, que o Estado possui funções que podem ser aglutinadas em três espécies, e cada uma delas deve ser executada por um órgão (ou Poder) específico. Cabe lembrar, contudo, muito embora seja uma advertência já repetida diversas vezes, que o Poder estatal é, na verdade, “uno e indivisível, e seu exercício é realizado pelo Estado por meio de três funções: legislação, administração e jurisdição” (NERY JUNIOR, NERY, 2013, p. 195). Isso significa que não existem “Poderes”, mas sim um único poder que se apresenta e se desenvolve de três formas distintas e sob a responsabilidade de três órgãos diferentes.

Apesar da impropriedade técnica da redação do art. 2º, que se refere aos “Poderes da União”, a Constituição Federal buscou incorporar esta ideia de divisão de competências e tarefas de forma descentralizada entre os órgãos. A posituação desta tripartição na Constituição e em diversas outras pelo mundo não é uma coincidência. Esta ideia se tornou tão importante na construção dos Estados modernos que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarou que “não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de

poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é” (SILVA, 2014, p. 111).

A força da divisão dos poderes repousa em seu significado, pois, como entendida na atualidade, a tripartição “surge como vigorosa contraposição ao Absolutismo (pois neste as três funções estavam concentradas nas mãos do soberano” (PAULO, ALEXANDRINO, 2014, p. 443). Ou seja, a finalidade de se reconhecer a existência de três funções estatais e de atribuí-las entre três órgãos diversos é a de descentralizar o poder e acabar com o seu monopólio.

Apresentado o histórico da teoria da tripartição do poder, cabe analisar mais detidamente as suas principais características, que são dadas tanto pelo texto constitucional, quanto pela dogmática jurídica. Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 109), três são as “características fundamentais do poder político: unicidade, indivisibilidade e indelegabilidade”. Estes predicativos do poder indicados pela doutrina são decorrências das características dispostas positivamente na Constituição: harmonia e independência, pois estas últimas “indicam, como princípio, que cada um deles projeta uma esfera própria de atuação, cuja demarcação tem por fonte a própria norma constitucional” (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2013, p. 145).

Em termos mais claros, o poder estatal é uno, indivisível e indelegável, pois os três órgãos harmônicos e independentes que os exercem retiram a sua existência e validade de um mesmo lugar, a Constituição. Esta ideia, aliás, reafirma o pensamento de Kelsen quanto à validade das normas e seu entendimento de ordenamento jurídico (KELSEN, 2013, p. 39). Assim, os poderes, a despeito de serem independentes, são harmônicos, pois constituem a mesma coisa, o poder, que é uno, indivisível e indelegável. Sinteticamente, sob este pensamento “assentamos a ideia de que, sendo uno e indivisível, o poder, no âmbito do Estado, exterioriza-se por meio de funções. Assim, a vontade estatal é única, manifestando-se, porém, por suas funções, a executiva, a legislativa e a judiciária” (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2013, p. 389).

As características acima abordadas se refletem nas finalidades e nos objetivos que se buscam alcançar com a tripartição do exercício do poder estatal. A divisão do poder, primariamente, é necessária, pois “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, poder refreie o poder” (MONTESQUIEU, 2012, p. 190). Portanto, o principal objetivo da desconcentração do poder é garantir que aqueles que o exercem não o façam de forma excessiva ou abusiva.

Sob esta perspectiva, muito embora os poderes sejam harmônicos e independente, um deve ser impedimento para que o outro abuse de suas competências. Desta forma, um poder fiscaliza e limita o outro, fazendo com que o poder seja exercido de forma equilibrada e salutar ao interesse público. Este recíproco controle é costumeiramente chamado de teoria dos freios e contrapesos:

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à

busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2014, p. 112).

Esta descentralização do poder com a conseqüente formação de um sistema de freios e contrapesos busca assegurar três valores essenciais ao Estado: a) liberdade individual, b) democracia e c) eficiência estatal.

As liberdades são tuteladas e promovidas por meio da tripartição dos poderes porque a concentração de todo o poder nas mãos de apenas uma pessoa ou órgão possibilitaria que este exercesse um poder tirânico: “quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senador criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTESQUIEU, 2012, p. 191).

Assim, a liberdade é assegurada fazendo com que ninguém ou nenhum órgão possua poder absoluto sobre as pessoas, de tal forma, que caso um órgão viole esta liberdade, os demais órgãos poderão limitar e evitar este abuso. Sobre isso conclui-se que “tudo pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares” (MONTESQUIEU, 2012, p. 191).

Também a democracia é fortalecida com a tripartição de poderes, pois este regime de poder nada mais é do que descentralizar o poder fazendo de seu titular o povo (MÜLLER, 2013, p. 73). Em síntese:

Deve-se notar que a fronteira entre os conceitos de República e Democracia é demasiadamente estreita. Por essa razão, a racionalidade contemporânea da tripartição de Poder é um elemento da Democracia a fim de captar, externamente a esta estrutura, fonte de legitimidade para essa lógica estrutural-interna de descentralização do Poder ou competência (BRENE, 2015, p. 65).

Por fim, a divisão dos poderes objetiva permitir maior eficiência estatal por meio da especialização das atividades. Cada um dos órgãos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) pode se especializar e se dedicar com maior profundidade em suas atividades típicas. Há, desta maneira, uma “especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional” (SILVA, 2014, p. 111).

Em conclusão a esta análise da teoria da tripartição do poder cabe resgatar a ideia de unicidade do poder. Segundo acima apresentado, bem como nos termos da Constituição Federal, o poder é uno, sendo exercício por três órgãos diversos, que são autônomos, mas harmônicos. Esta harmonia provém da unicidade do poder, pois o Estado, como um agrupamento social coeso, possui alguns fins que deve cumprir, de maneira que cada um dos três “Poderes”, dentro de suas funções e

competências, almeja um mesmo (ou mesmos) fim e objetivo (SILVA, 2014, p. 109).

Os fins e objetivos do Estado brasileiro encontram-se dispostos no art. 3º da Constituição Federal, já os seus fundamentos estão positivados no art. 1º. Assim, os Poderes são harmônicos, e, portanto, uno, pois têm os mesmos fundamentos e os mesmos objetivos. Esta ideia remete ao conceito de sistema, isto é, os poderes do Estado formam um sistema (BRENE, 2015, p. 69). Segundo a doutrina, sistema é “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (BOBBIO apud BRENE, 2015, p. 69).

Do acima exposto extrai-se, portanto, que para que a teoria da tripartição seja corretamente aplicada e para que exista harmonia e autonomia entre os “Poderes” (como exige a Constituição Federal) é necessário que estes Entes sejam entendidos como fazendo parte de um sistema (o sistema estatal/constitucional). A realização de fato deste sistema depende da unidade dos seus elementos (os três Entes) que devem ser os mesmos fundamentos e buscar as mesmas finalidades. Caso um dos “Poderes” passe a adotar fundamento ou objetivo diverso dos demais quebra-se a unidade e coesão entre eles, deixando, assim, de funcionar como sistema.

Do ponto de vista filosófico, na teoria de Habermas, esta unidade entre os poderes – tão necessária para que componham um sistema – se constrói apenas com a integração destes poderes na construção de uma ponte entre a validade (legalidade) e a legitimidade:

Todavia, essa descentralização interna e funcional do Poder reclama uma unidade, uma forma de convergência. O que dá unidade a este complexo funcional nos Estados contemporâneos e Democráticos é justamente a integração comunicacional entre a facticidade e a validade que segundo Habermas pode ser obtida pela mediação do Direito (BRENE, 2015, p. 73).

O que se pretende salientar com esta visão filosófica é que o Estado só alcançará validade e legitimidade se os três Entes que exercem o poder estiverem em unidade formando um sistema. O Estado não pode e não deve se apoiar apenas na validade (legalidade) e olvidar-se da necessária legitimidade que tem que conquistar, bem como, não pode ignorar a validade de seus atos apoiando-se unicamente na legitimidade. Caso um dos poderes passe a negar ou contrariar os objetivos comuns que tem com os demais deixando de compor o sistema de fundamentos e objetivos unitários, haverá um rompimento entre a legalidade e a legitimidade. Um dos poderes pode romper a unidade com os demais, pois pretende tomar uma decisão que possua legitimidade (apoio popular ou força moral ou ética), mas estará ao mesmo tempo, por quebrar a unidade, destituído de validade, logo, o ato que produz não fortalece o Estado, nem o poder, pois não consegue estabelecer uma ligação entre a validade e a legitimidade.

Encerrada esta explicação teórica sobre a tripartição do poder, no item a seguir será apresentado um caso prático em que um dos Poderes tentou exercer controle sobre o outro quebrando a unidade do sistema, pois, adotando uma medida

que não contava concomitantemente com legitimidade e validade, buscou um objetivo diverso daqueles que compõe a coincidência teleológica do poder na unidade.

### 3. O CASO DO ORÇAMENTO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Segundo o texto constitucional e a legislação complementar, cabe ao Poder Executivo apresentar anualmente o projeto de lei orçamentária a ser executada no exercício seguinte. Este projeto de lei deve ser objeto de análise, discussão e, se necessário, emenda, do Poder Legislativo. Trata-se aliás, de mais uma manifestação da teoria da tripartição do poder, na qual, um Poder fiscaliza o outro na organização das finanças e orçamentos públicos.

Questão curiosa ocorreu quando da análise do projeto de lei orçamentária para o ano de 2016, o PLN 7/2015. O projeto de lei, que contemplava também o orçamento para o Poder Judiciário, sofreu uma modificação nas dotações para a Justiça do Trabalho. Tal modificação é natural e de competência do Poder Legislativo, a quem cabe discutir os valores e a forma como o orçamento é apresentado. Entretanto, o que salta aos olhos foi a justificativa e o grau de modificação no orçamento para a Justiça do Trabalho. Eis a transcrição de parte do relatório final sobre o orçamento:

Estamos promovendo ajustes também nas despesas de custeio e investimento do Poder Judiciário. No caso da Justiça do Trabalho, propomos o cancelamento de 50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados para investimentos. Tal medida se faz necessária em função da exagerada parcela de recursos destinados a essa finalidade atualmente. Na proposta para 2016 o conjunto de órgãos que integram a justiça do trabalho prevê gastos de R\$ 17,8 bilhões, sendo mais de 80% dos recursos destinados ao pagamento dos mais de 50 mil funcionários, o que demanda a cada ano a implantação de mais varas, e mais instalações. As regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador. Atualmente, mesmo um profissional graduado e pós-graduado, com elevada remuneração, é considerado hipossuficiente na Justiça do Trabalho. Pode alegar que desconhecia seus direitos e era explorado e a Justiça tende a aceitar sua argumentação.

Algumas medidas são essenciais para modernizar essa relação, tais como: sucumbência proporcional; justiça gratuita só com a assistência sindical; e limite de indenização de 12 vezes o último salário. Atualmente as causas são apresentadas com valores completamente desproporcionais.

Outra regra que precisa ser ajustada refere-se à possibilidade de reapresentação do pedido por parte do trabalhador, mesmo que não compareça à audiência, dentro de dois anos. De outra parte, a ausência do empregador, normalmente tem consequências graves com possível condenação à revelia. Entendemos que o próprio prazo de dois anos é excessivo, uma vez que estimula o ex-empregado, que já havia recebido sua rescisão, a buscar ganhos adicionais diante de dificuldades financeiras.

Além disso é importante coibir a possibilidade de venda de causa, estabelecer que o acordo no sindicato tem que valer como quitação, ampliar a arbitragem e mediação com quitação, e definir que os honorários periciais, quando houver a condenação, têm que ser pagos pelo empregado.

Cabe refletir que a situação existente em 1943, quando foi instituída a Consolidação das Leis do Trabalho, em que havia um elevado percentual de trabalhadores analfabetos, já não ocorre mais, o que torna urgente o envolvimento da sociedade num debate sobre a modernização dessas normas, onde deverão exercer papel essencial a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, o Conselho Nacional de Justiça, a Associação de Magistrados do Brasil e o próprio Tribunal Superior do Trabalho.

É fundamental diminuir a demanda de litígios na justiça trabalhista. Dados do Conselho Superior da Justiça do Trabalho mostram que, em 2014, as diferentes instâncias receberam 3.544.839 de processos, dos quais 3.396.691 foram julgados, restando um resíduo de 1.576.425 processos. Em 2015, até o presente momento, já foram recebidos 3.156.221 processos, havendo um resíduo de ações não julgadas de 2.044.756. Sem a revisão e reforma dessa legislação, continuaremos alimentando esse ciclo em que há cada vez mais demandas, que exigem cada vez mais magistrados e servidores, que necessitam de cada vez mais instalações e equipamentos, tendo um custo exorbitante para o País.

Tais medidas implicam alterações na legislação, mas é preciso que seja dado início a esse debate imediatamente. A situação atual é danosa às empresas e ao nosso desenvolvimento econômico, o que acarreta prejuízos aos empregados também.

Nesse sentido, estamos propondo cancelamentos de despesas de maneira substancial, como forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência de tais mudanças. O objetivo final é melhorar a justiça do trabalho, tornando-a menos onerosa e mais eficiente, justa e igualitária.

Como se percebe do texto do relatório, o Poder Legislativo propõe o corte de 50% das verbas para custeio da Justiça do Trabalho (isto é, metade de sua dotação) e o corte de 90% para seus investimentos, sob a justificativa de que as leis trabalhistas (que são de competência típica do Legislativo) devem ser modificadas e atualizadas. De maneira bastante direta: o Poder competente para fazer a mudança legislativa na regulamentação trabalhistas decide diminuir drasticamente o orçamento de custeio e investimento do Poder Judiciário (que não tem competência para modificar tal regulação legal) sob a alegação de que esta atitude promoverá o necessário debate e atualização da matéria.

Para melhor entender a realidade da tripartição do poder nesta discussão prática cabe primeiramente fazer alguns apontamentos. Primeiramente, Montesquieu (2012, p. 201) reconhece que cada poder deve poder controlar (não sem limitações) os recursos pertinentes a sua área de atuação. Esta ideia é tão forte que uma das facetas da independência e autonomia do Poder Judiciário é a sua competência de apresentar o seu próprio projeto orçamentário ao Legislativo (SILVA, 2014, p. 112). Esta autonomia financeira busca evitar que outros Poderes realizem

algum tipo de ingerência ou limitação ilegítimas no Poder Judiciário (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2013, p. 146).

A despeito de se tratar de matéria de orçamento, fica evidente que o Poder Legislativo entende abusiva a tutela jurídica para o trabalho. Por isso, buscou diminuir as possibilidades da Justiça do Trabalho em atender e executar esta tutela diminuindo grandemente seus recursos. Esta atitude do Poder Legislativo em face do Judiciário mostra, primeiramente uma quebra da unidade sistêmica que deve existir entre eles. Demonstrou-se no item anterior que os três Entes estatais são, na verdade, a manifestação de um mesmo e único poder, que é uno, indivisível e indelegável. Esta unicidade advém do fato de que os três Entes possuem os mesmos fundamentos e os mesmos objetivos.

Estabelece o art. 1º, IV da Constituição Federal que um dos fundamentos do Estado brasileiro (e, portanto, de seus três Entes) são “os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”. Isso significa que, o Executivo, no desempenho de suas atribuições, deve valorizar o trabalho e a livre iniciativa, significa, ainda, que o Legislativo, na realização de suas atividades típicas, tem que atender a este fundamento, e, por fim, o Judiciário, quando do exercício de suas competências, deve, também, dar valor ao trabalho e à livre iniciativa. Caso um deles deixe de atender a este fundamento, ou qualquer outro, entra em choque e colidência com os demais Entes quebrando, desta forma, a unidade sistêmica que deve existir entre todos.

Foi o que, de fato, ocorreu na apresentação do relatório do orçamento para a Justiça do Trabalho. O Poder Legislativo, entendendo que deve diminuir a tutela sobre o trabalho – o que contraria frontalmente o texto constitucional – passou a negar esta base comum que possui com os demais Entes, que é a valorização do trabalho e da livre iniciativa. Em face dessa negação, passou a interferir no orçamento do Judiciário trabalhista, pois este executa a legislação vigente sobre a tutela laboral, a qual, o Legislativo considera excessiva.

Isso sinaliza uma interferência indevida de um Poder sobre o outro, quebrando a ideia de tripartição, bem como frustrando os seus objetivos. Neste caso específico o Poder Legislativo buscou monopolizar tanto a atividade legislativa, quanto a atividade jurisdicional, tentando controlar a forma como o Poder Judiciário julga. Este comportamento fere a tripartição do poder por dois motivos: a) o Legislativo só interfere no orçamento do Judiciário porque nega a sua base comum com aquele poder que é a defesa dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e b) o Legislativo faz um controle indevido sobre uma função típica do Judiciário por meio do orçamento (instrumento que não se presta a este controle).

Quanto ao primeiro fundamento para se comprovar a ocorrência do desrespeito pelo Legislativo da tripartição dos poderes com a decisão de diminuir o orçamento da Justiça do Trabalho, isto é, que o Legislativo deixou de respeitar sua base comum de sustentação com os demais poderes (a valorização do trabalho e a livre iniciativa), há que se apresentar o que a Constituição entende por tutela do trabalho e quais as propostas defendidas pelo Legislativo.

De início, aponte-se que a Constituição Federal é farta em apresentar uma

tutela específica e especial ao trabalho. A começar pelo art. 1º, IV, seguindo pelo art. 7º até o art. 170 da CF, todos eles salientam a importância do trabalho humano e a necessidade em reconhecer e tutelar estes direitos. Relembre-se, ainda, que muitos dos direitos trabalhistas expressos na Constituição são, ainda, cláusulas pétreas, porquanto compõem o rol de direitos fundamentais sociais (art. 60, § 4º, IV da CF), o que demonstra que estes direitos não podem ser revogados, mitigados ou flexibilizados, como quer parte do Legislativo.

Segundo a doutrina brasileira, o art. 7º da CF estabelece “um dever geral de proteção por parte do legislador” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 621). Neste sentido a Constituição já apresenta um rol de direitos básicos do trabalhador, dentre os quais, a segurança no emprego, a proteção à despedida arbitrária, o salário mínimo, etc. (MORAES, 2013, p. 202). Portanto, a tutela do trabalho é

Importante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, conforme estabelece o art. 170, caput. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, destaca-se a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Aparece como fundamento da República (art. 1º, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (LENZA, 2010, p. 839).

Em síntese, não pode o Legislativo (que tem o dever de cumprir a Constituição e proteger os direitos trabalhistas) “punir” ou “coagir” a Justiça do Trabalho quando esta cumpre a lei e a Constituição tutelando os direitos trabalhistas, pois tanto o Legislativo quanto o Judiciário se fundamentam no valor social do trabalho e da livre iniciativa e só formam um sistema coeso e uno se ambos buscarem – cada um no exercício de suas competências típicas – este objetivo.

Por fim, o segundo argumento que demonstra que o Legislativo feriu a separação de poderes e a teoria da tripartição é que exerceu um controle sobre uma função típica do Judiciário sem autorização constitucional. Note-se que quando o Legislativo fundamenta a retirada de 50% e 90% dos recursos para o orçamento da Justiça do Trabalho pelo fato de que este ramo do Judiciário julga mais favoravelmente ao empregado do que ao empregador, nada mais faz do que controlar o mérito das decisões judiciais. Alerta-se, contudo, que embora os freios e contrapesos busquem limitar o poder, a Constituição não tolera que os demais poderes interfiram ou revejam os julgamentos do Judiciário, pois nem o Legislativo, nem o Executivo podem exercer controle sobre essa matéria (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 197). Complementarmente a isso, o STF já determinou que é vedado o exame de matéria decidida pelo Judiciário em Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 197).

Ademais, o meio utilizado pelo Legislativo em buscar a atualização da regulação da relação de trabalho é absolutamente inapropriado. A reforma das normas trabalhistas deve ser feita pelo Legislativo sobre as normas trabalhistas e não sobre o Judiciário por meio de lei orçamentária. Se o Legislativo deseja que o Judiciário decida de forma diversa da que tem decidido, deve modificar a base legal

trabalhista, pois o Judiciário aplica a lei vigente, assim, mudando-se as leis trabalhistas, muda-se a forma como decide a Justiça do Trabalho. Entretanto, prejudicar o orçamento deste ramo da Justiça não fará a reforma, nem a atualização, nem a modificação da regulação legal do trabalho.

Finalmente, pode-se contestar esta alegação de que o Legislativo feriu a tripartição de poderes argumentando que esta redução orçamentária é de competência do Legislativo, que pode fazê-lo e que a justificativa para tanto não integra a norma, e, portanto, é irrelevante. De fato, o Legislativo possui esta competência e, ao contrário dos atos administrativos, a motivação não integra os elementos de validade do ato legislativo.

Contudo, como acima apresentado, a democracia deve atender a dois elementos em sua construção, bem como os poderes do Estado, quais sejam, a validade e a legitimidade. Muito embora o ato legislativo em comento tenha validade, pois legal, e exercido regularmente pelo Legislativo, tal medida não pode ser chamada de legítima, pois não atende aos valores e planos constitucionais para a regulação e o tratamento da relação de trabalho.

Para que fique clara a relação entre validade e legitimidade na relação orçamentária, imagine-se, hipoteticamente, que a Assembleia Legislativa de um dos Estados da Federação decida reduzir a verba de custeio de uma universidade estadual em 50% e sua dotação de investimento em 90%, sob a alegação de que os professores da referida universidade possuem orientação política distinta daquela da maioria do Legislativo estadual, de forma que a redução orçamentária contribuiria para o debate ideológico e seria um estímulo a que os professores não se manifestassem sobre temas políticos.

O exemplo é grotesco e sem qualquer apego à realidade, contudo, ajuda a compreender o que a redução do orçamento da Justiça do Trabalho significa em termos de validade e legitimidade. Assim, poderia a Assembleia Legislativa fazer reduções no orçamento da universidade, pois de sua competência, contudo, o argumento utilizado para tanto, isto é, a justificativa ou motivação, não fornece à decisão a legitimidade necessária, levando professores, alunos e administradores a questionar e rejeitar a decisão.

Em vista do acima apresentado, conclui-se que o Poder Legislativo excedeu suas atribuições violando a tripartição de poderes ao diminuir as dotações orçamentárias da Justiça do Trabalho por não concordar com as decisões que esta profere.

#### **4. A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO ECONOMICA SOBRE OS TRÊS PODERES**

O item anterior encerrou concluindo que o Poder Legislativo rompeu a tripartição dos poderes desrespeitando a autonomia e a harmonia com o Poder Judiciário ao reduzir drasticamente seu custeio e seu investimento no orçamento para o ano de 2016, sob a justificativa de que a Justiça do Trabalho julga em desacordo com os entendimentos do Legislativo.

A pergunta que deve ser respondida neste item é o que levou o Legislativo a desrespeitar a norma constitucional da divisão de poderes. A resposta deve ser dividida em duas partes, uma a que se dará maior destaque e a outra a que se fará referência apenas pontualmente por não ser objeto de estudo deste trabalho.

Para se compreender o comportamento do Poder Legislativo neste episódio, é necessário entender a realidade econômica pela qual o Brasil e o mundo estão inseridos. O fato é que, em termos econômicos, tem-se, a alguns anos, experimentado o processo de globalização da economia. Este processo enfraquece os Estados nacionais como concebidos originalmente, pois em vista da globalização, as fronteiras nacionais se tornam porosas devido a facilidade de trânsito físico e informacional, bem como de capitais.

Ademais, a globalização torna o mercado e a economia mais competitivos. Isso faz com que os Estado tenham que promover um ambiente mais favorável ao empreendedorismo e ao comércio, o que significa, em termos práticos, reduzir os custos de produção. Aqueles Estado que não se submetem a isso sofrem com a evasão de empresas que buscam outros países em que a sua atividade seja menos custosa e possibilite maiores lucros e competitividade.

A mobilidade de capital acelerada dificulta a intervenção estatal nos lucros e nas fortunas, e o acirramento da concorrência por posições conduz à redução dos ganhos fiscais. A simples ameaça de emigração de capital desencadeia uma espiral de redução dos custos (e intimida os cobradores de impostos a impor a legislação vigente) (HABERMAS, 2001, p. 88).

O excerto acima apresenta com clareza o porquê do comportamento do Legislativo. Vislumbrando que o sistema trabalhista brasileiro enfraquece a competitividade do mercado das empresas aqui sediadas, pois traz obrigações financeiras e garantias trabalhistas que encarecem a mão-de-obra fazendo com que a produção fique mais cara, o Legislativo decidiu pressionar (indevidamente) o Judiciário para que deixe de aplicar a legislação trabalhistas vigente.

Desta forma, as corporações econômicas e financeiras vão tornando os Estados seus reféns, de maneira que passam a se comportar como estas corporações exigem, sob pena de “ameaça de retirada de investimentos, desmobilização de plantas industriais ou, no caso dos países periféricos, simplesmente de marginalização no panorama econômico mundial” (MARQUES NETO, 2002, p. 126). Em síntese:

Os governos nacionais, em consequência das ameaças implícitas de emigração de capital, deixam-se levar pela escalada de desregulamentação que conduz à queda dos preços e que também traz lucros obscenos e disparidades salariais drásticas, desemprego crescente e a marginalização social de uma população pobre em crescimento (HABERMAS, 2001, p. 101).

É assim, portanto, que a globalização econômica interfere na tripartição dos poderes, pois o poder econômico tem o condão de influenciar grandemente a

atuação do Estado. Contudo, como o Poder Judiciário possui algumas características específicas que o impede que ter um protagonismo político e legislativo, os Entes mais fortemente influenciados pelo capital são o Executivo e o Legislativo (muito embora o Judiciário não esteja completamente inerte a esta influência).

Pode-se, por fim, questionar o porquê o Legislativo ter violado a separação dos poderes para pressionar o Judiciário trabalhista a não cumprir a legislação do trabalho, se o Legislativo poderia ter simplesmente modificado as leis (cuja competência detém). A resposta a essa indagação é de caráter político, pelo que se fará referência apenas an passant. O Poder Legislativo é composto por membros eleitos, isso significa que uma mudança legislativa de tal forma prejudicial à tutela dos trabalhadores imporá um alto preço eleitoral aqueles que apoiassem tais medidas. Por isso o Legislativo pressiona o Judiciário a descumprir as garantias trabalhistas, de forma que as mesmas não seriam aplicadas, mesmo não tendo sido modificadas ou revogadas.

Assim, fica evidenciado como o poder econômico globalizado afeta a organização e a tripartição dos poderes, fazendo com que estes, muitas vezes, se comportem de forma anômala frente a Constituição Federal.

## 5. A TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Contatou-se no item anterior a magnitude da influência do poder econômico sobre o Estado, a tal ponto de que este poder pode influenciar na própria organização e tripartição do poder. Cabe, portanto, investigar como resguardar e tutelar os direitos trabalhistas frente a este forte domínio que a economia exerce sobre o Estado.

Primeiramente, há que se reconhecer que a figura tradicional de Estado se encontra em crise. Os Estados nacionais, sozinhos, já não possuem mais mecanismos eficazes para se proteger desta forte influência, nem podem refrear ou impedir a globalização. Sobre isso escreve Habermas (2001, p. 69): “as funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada”.

Isso significa que os Estados nacionais devem se socorrer de organismos internacionais que possuam uma abrangência globalizada para que realize este controle que, atualmente, é detido exclusivamente pelos Estados.

Uma das organizações que pode contribuir para isso é a Organização Internacional do Trabalho – OIT. Para aquelas situações e Estados que praticam o dumping social (reduzem as garantias trabalhistas para reduzir os custos de produção e realizar uma concorrência desleal com os demais Estados) a OIT pode ser um bom instrumento de controle. Além disso, este organismo internacional pode criar um nivelamento básico entre os Estados, impondo determinados direitos trabalhistas mínimos de forma que esta diferença abissal seja reduzida (MAZZUOLI, 2013, p. 1057).

Uma das justificativas do porquê os direitos trabalhistas são tão vilipendiados ou questionados (como no exemplo do orçamento da Justiça do Trabalho) é exatamente as consequências econômicas que o reconhecimento e execução desses direitos podem provocar. Contudo, um dos objetivos da OIT e desta regulação internacional é “impedir que razões econômicas impeçam os Estados de aplicar as normas internacionais de proteção do trabalho previstas nas convenções da OIT” (MAZZUOLI, 2013, p. 1058).

Assim, a tutela dos direitos trabalhistas na realidade globalizada vigente compreende um engajamento que transcende as fronteiras nacionais buscando organismos internacionais para regular e mediar estas normas e sua aplicabilidade. Resolvendo-se estas questões econômicas que são provocadas pela globalização econômica e pelo poder econômico, é possível que se restaure uma relativa normalidade nos Estados nacionais e que estes sejam menos ameaçados. Desta forma, tanto a organização do poder estatal, quanto a tripartição dos poderes pode ser melhor administrada e reflita com maior precisão os contornos constitucionais.

## 6. CONCLUSÃO

Conforme a revisão bibliográfica apresentada, bem como em vista das evidências práticas apresentadas por meio do exemplo da relação entre o Legislativo e o Judiciário sobre o orçamento da Justiça do Trabalho, é possível concluir:

A tripartição de poderes é uma forma de organização do Estado que busca dividir o poder para assegurar a liberdade dos cidadãos frente ao poder estatal e maximizar a democracia. Embora possua uma longa história de construção e transformação, compreende, ainda hoje, uma das melhores maneiras de se exercer e limitar o poder.

No parecer Legislativo de votação do orçamento para a Justiça do Trabalho houve quebra da tripartição dos Poderes, pois o Poder Legislativo invadiu indevidamente a autonomia e harmonia do Poder Judiciário ao limitar seus recursos com fundamento nas decisões judiciais, que são função típica do Judiciário e estão fora do controle legislativo.

A presente ruptura e tenção entre Legislativo e Judiciário na votação orçamentária é fruto da atual conjectura econômica globalizada que pressiona os Estados a desregulamentar a economia e a reduzir custos de produção (trabalhista, fiscal, etc.). O choque referido constitui sintoma da influência econômica sobre o Legislativo que busca implantar os interesses do capital de forma indireta pressionando o Judiciário a não aplicar a plenitude da tutela laboral.

Uma das formas de os Estado se protegerem desta influência econômica e, ao mesmo tempo, manterem a sua economia, é buscar uma integração e regulação supranacionais, de forma a impor a todos os Estados um mesmo padrão de proteção, inviabilizando, assim, o dumping social.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatium, 2013.
- BRENE, Tiago. O Judiciário entre a intervenção e a fragmentação da tripartição do poder: análise da dupla dimensão de validade do direito sob a perspectiva das competências típicas e atípicas. In: BANNWART JÚNIOR. Clodomiro José (Org.). **Direito & Teoria Crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui-SP: Boreal, 2015. p. 65-93.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo:

Malheiros, 2014.

**ABSTRACT:** This paper deals with the influence and interference of economic power over the state organization and the division and relationship between the three State entities, executive, legislative and judicial branches and how to understand and manage this economic interference. Through the dialectical method was established assumptions, concepts, historical and tripartism objectives of powers. After analyzed a case of division of powers break in the case of legislative opinion on the budget of the labor courts. Then it was shown that some of this anomalous behavior of disrespect to the tripartition of powers arises from the interference of economic power that aims to reduce production costs (especially labor costs and duties) for increased profits. Finally, it settled that one of the ways for the state to protect or control this economic influence is using international regulatory bodies that standardize the legal requirements preventing social dumping.

**KEYWORDS:** Tripartism powers. Economic power. Contemporary State

## **CAPÍTULO V**

### **A INTERPRETAÇÃO DOS TEMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL**

---

**Mariana Viale Pereira**

## A INTERPRETAÇÃO DOS TEMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL

**Mariana Viale Pereira**

Mestranda da UFRGS

marianaviale@tj.rs.gov.br.

**RESUMO:** Na perspectiva tradicional, a ilicitude era construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. No Código de 2002 foi cortada a automaticidade da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss), e entre ilicitude civil e dano. O art. 187 do Código Civil brasileiro é uma cláusula geral, formada por conceitos abertos que aumentam o espaço reservado ao aplicador do direito, quando da concreção da norma, no estudo do caso concreto. As consequências de aplicação do dispositivo, portanto, analisando o caso concreto, em sendo ultrapassados os limites da boa-fé, dos bons costumes e do fim social e econômico no exercício do direito, é a verificação da ilicitude do ato. E a ilicitude pode gerar – se houver dano – o dever de reparar, caso em que seria reconhecida a responsabilidade civil do agente com fulcro no art. 187 c/c art. 927 do CC. Ocorre que o artigo 187, se apresentando como uma cláusula aberta pode ser interpretado à luz de orientações diversas, quais sejam: teoria interna e teoria externa. Pela teoria interna, o exercício dos direitos é limitado pelo próprio direito subjetivo, internamente. Pela teoria externa, pode haver restrição a direito subjetivo como produto de ponderação pelo conflito entre liberdades. Embora se reconheça a possibilidade da adoção da teoria interna, não se pode afastar a correção na adoção de uma teoria externa.

**PALAVRAS-CHAVE:** ilicitude, cláusula geral, teoria interna, teoria externa.

### 1 INTRODUÇÃO

Já no Direito Romano, a *aemulatio* consistia no exercício de um direito, sem utilidade para o seu titular, com o propósito específico de prejudicar outrem. Tais atos, geralmente ligados com o direito de vizinhança, já eram reconhecidos e, pontualmente, combatidos. (CORDEIRO, 2009, p. 68-69). Também no Direito Romano a *exceptio doli specialis* residia concretamente na anulação do ato negocial, cuja validade fosse tentada fazer atuar por, na sua base, haver declaração de vontade extorquida com dolo e podia, contudo, consistir antes em indenização arbitrada por ocorrência de práticas danosas ilícitas. O desenvolvimento posterior desse instituto aproveitaria a *exceptio doli generalis* como modo de deter atos abusivos. Ela seria, ainda, reintroduzida na Alemanha, no fim do século XIX, como esquema geral que visava dar corpo ao abuso de direito (CORDEIRO, 2009, p. 69).

Apesar de o Código Napoleão não referir a emulação ou atos abusivos, ou qualquer manifestação direta do instituto em questão, e a expressão abuso de direito ter sido introduzida pelo belga Laurent (CORDEIRO, 2009, p. 70-71), foi na tradição francesa, que a teoria do abuso de Direito se desenvolveu a partir da análise de

casos jurisprudenciais, ganhando notoriedade pelos estudos de Louis Josserand. Este defendia que: O século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material (JOSSERAND, 1941, p. 549). E, continua o referido autor aduzindo que, desprovidos de da segurança material aspiramos ainda mais a segurança jurídica. E nesse ínterim, refere que o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a formula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos (JOSSERAND, 1941, p. 549). Trazendo, portanto, como primeira causa do progresso da responsabilidade, a de ordem social que é ao mesmo tempo de ordem científica e mecânica, uma vez que o acidente não aparecia mais como decorrência do destino, mas como ato – direto ou indireto – do homem (JOSSERAND, 1941, p. 550). A partir desse pressuposto geral o autor desenvolveu a teoria do abuso do direito, entendendo-a capaz de alargar o domínio da culpa, admitindo que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito de culpa e que é cometer um delito civil exercer seu direito de certa maneira, por um motivo qualquer, notadamente se visando prejudicar a outrem (JOSSERAND, 1941, p. 552).

Defende que os direitos são concedidos pelo Estado, não para que se faça uso deles de forma discricionária, mas visando um fim determinado. Destaca que, uma vez que são instituídos pela sociedade, têm missão social a cumprir, ou seja, uma aspiração, um destino, dos quais não devemos nos afastar. Assim, quando exercemos os direitos para prejudicar outrem, estamos os desviando de seu caminho, e cometendo uma falta que importa em responsabilidade, não sendo exato dizer, portanto, que somos responsáveis apenas quando agimos sem direito (JOSSERAND, 1941, p. 552). Salaria que a teoria do abuso do direito ganhou aplicabilidade na jurisprudência, noticiando alguns casos que se tornaram célebres, como o caso julgado pelo Tribunal de Apelação Francês de Colmar, em 02 maio de 1855, em que foi condenado o proprietário que construiu uma chaminé absurda, para obscurecer os fundos do prédio vizinho, bem como o caso julgado em 03 de agosto de 1915, em que foi condenado o proprietário que levanta num terreno obras eriçadas de pontas destinadas a prejudicar os voos dos dirigíveis saídos do hangar vizinho (JOSSERAND, 1941, p. 552). Entende referido autor que com a teoria do abuso do direito é um campo imenso que se abre a culpa, que não recua mais diante da existência de um direito mas investe contra o seu exercício, se ele degenera em abuso: a culpa no exercício de um direito torna-se noção prática e corrente (JOSSERAND, 1941, p. 553).

No período em que a teoria se progredia, também se desenvolveu importante crítica doutrinária, sendo um dos principais expoentes, Marcel Planiol. O autor questionou a própria existência jurídica do abuso de direito. Sustentou que o direito cessa onde começa o abuso, não podendo um ato ser simultaneamente conforme e contrário ao direito. Não concordando referido autor com a nomenclatura abuso do direito. Refere que o direito subjetivo existe nas margens da lei e do Direito, sendo que se ultrapassados os seus limites já não há direito. Assim, não haveria porque se

falar em abuso, uma vez que o direito cessa onde começa o abuso, de modo que não poderia haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não poderia ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito (PLANIOL, 1902, p. 870).

A tradição alemã, por sua vez, exerceu sua influência na redação do art. 187. No BGB, § 226, previa a proibição de chicana, concebido como: o exercício de um direito é inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem. Mas, sendo tal preceito muito restritivo, teve aplicação escassa (CORDEIRO, 2009, p. 73). O § 826 do BGB estabelece que: Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indenização do dano. Apesar desse segundo preceito não ter aparentemente nada a ver com o exercício dos direitos, a doutrina passou a cumulá-lo com ao § 226. Apesar de mesmo assim não se considerar satisfatória a solução encontrada, conforme os ensinamentos de Antônio Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2009, p. 74), a tentativa de aproximação entre o abuso e os bons costumes influenciaria outros ordenamentos, como o austríaco, o grego e, mediatamente, o português – este com influência direta no brasileiro, como em seguida se analisará. Ressalva ainda o referido autor que, o abuso de direito – ou um conteúdo correspondente a essa expressão – se desenvolveu, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos – *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque* e outros. E, posteriormente, todos esses conceitos reconduzidos à ideia de boa-fé. Trata-se, portanto, de um instituto que se desenvolveu na periferia, perante questões concretas (CORDEIRO, 2009, p. 68-74).

A recepção no Código Civil Português dessa doutrina, no artigo 334, se deu com a inclusão – quase sem alterações - do artigo 281 do Código Civil Grego, este, por seu turno, derivado do pensamento jurídico alemão. Tem-se, portanto, que a previsão do art. 187 do Código Civil brasileiro, deriva, indiretamente também dessa influência germânica.

Comparando os três artigos – grego, português e brasileiro – José de Oliveira Ascensão salienta que nos três textos existe a previsão de que o titular exceda manifestamente os limites do exercício e também nos três há a referência a boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social. Entretanto, o Código grego qualifica este exercício como proibido, o Código Civil português como ilegítimo e o Código brasileiro como ilícito (ASCENSÃO, 2006, p. 31).

A previsão do art. 187 do Código Civil brasileiro, deriva, assim, indiretamente também dessa influência germânica. Trata-se de uma cláusula geral, formada por conceitos abertos que aumentam o espaço reservado ao aplicador do direito, quando da concreção da norma, no estudo do caso concreto. O que está alinhado às intenções dos legisladores, nesse sentido, esclarece Miguel Reale no prefácio do livro História do Novo Código Civil:

“Todavia, se é dada a devida atenção a valores pretéritos, não se deixa de realçar as novas disposições que, além de representarem as mais avançadas diretrizes do Direito Civil contemporâneo, assinalam a passagem do Código de 1916, destinado a uma sociedade predominantemente individualista e agrária, para um outro em que

prevalece a concepção social do Direito, dando-se preferência a cláusulas ou normas gerais que abrem maior campo de ação à Hermenêutica Jurídica, conferindo ao juiz poder maior para adequar os casos concretos aos ditames da justiça social (REALE, 2005).

Contudo, ressalta José Carlos Moreira Alves:

No entanto, quando se fala em cláusulas abertas, isso não quer dizer que se esteja dando arbítrio a este ou àquele magistrado, mas, sim, estabelecendo-se certos princípios que são controláveis, embora dêem uma margem de flexibilidade que permita justamente essa adequação dos princípios que vêm num Código como o Código Civil – e no mundo inteiro se observa isso – é um Código de uma permanência bastante larga (MOREIRA ALVES, 2005, p. 18).

Esclarece, ainda, Maria Cláudia Cachapuz, as vantagens do uso de cláusulas gerais:

A função de progresso é refletida ainda na constante possibilidade de atualização do enunciado dogmático proposto por meio de uma cláusula geral. Em se tratando de um instrumento que confere abertura à interpretação, porque conduz o intérprete a se apropriar de um conteúdo de historicidade - já que remete às respostas criadas progressivamente pela jurisprudência - permite uma atualidade constante às soluções jurídicas, inclusive para que possam refletir o momento contemporâneo de atividade de um determinado corpo normativo. Desta forma, ao criar uma cláusula geral, reconhece o legislador o campo fértil relacionado à eficácia de qualquer norma jurídica, capaz de atingir efeitos por vezes inimagináveis quando da etapa de sua elaboração. Dada a possibilidade de superação do próprio significado gramatical de um texto de lei pelos efeitos gerados ou identificados pelo simples desenvolvimento dos fatos – atingindo uma função semântica e analítica do texto – o legislador antecipa, por meio de cláusula geral, a intenção de progresso ao enunciado normativo (CACHAPUZ, 2015B).

Antecipadas as intenções do legislador com a utilização de enunciados normativos abertos e ressalvadas algumas das possibilidades que essa abertura acarreta, retorna-se a análise do tipo do artigo 187, a fim de analisar, primeiro, sua natureza e, posteriormente, seus núcleos, que servirão como critérios, para balizar os limites do exercício do direito, referidos na norma.

## **2. RUPTURA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE 1916: DESVINCULAÇÃO DA NOÇÃO DE ILICITUDE DO ART. 187 COM O DEVER DE INDENIZAR, O DANO E A CULPA**

Para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio.

Com o Código de 2002, houve uma verdadeira ruptura com a idéia tradicional:

foi cortada a automaticidade da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss), e entre ilicitude civil e dano (MARTINS-COSTA, 2015).

Esclarece também Moreira Alves:

Pois bem, então, este dispositivo, que é o 186, apresenta esses dois pontos violar direito e causar dano, e a outra é o dano moral expresso. E o 187 trata do abuso de direito, configurando o que se entende por abuso de direito, e qual é a consequência dele, o que também era muito discutível em matéria doutrinária (...). Uma observação importante: esse ato ilícito de abuso de direito não requer os elementos subjetivos que são requeridos pelo artigo anterior, que são aqueles dois. A culpa em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido amplo, e a imputabilidade que nada mais é do que a capacidade de delinquir, de praticar ato ilícito absoluto. Esse abuso de direito não exige isso, só exige o nexo de causalidade, levando em consideração o fim social ou econômico do negócio, a boa-fé e os bons costumes. (MOREIRA ALVES, 2005, p. 35).

As consequências de aplicação do dispositivo, portanto, analisando o caso concreto, em sendo ultrapassados os limites da boa-fé, dos bons costumes e do fim social e econômico no exercício do direito, é a verificação da ilicitude do ato. E a ilicitude pode gerar – se houver dano – o dever de reparar, caso em que seria reconhecida a responsabilidade civil do agente com fulcro no art. 187 c/c art. 927 do CC. No entanto, não prevendo o referido artigo a necessidade de culpa ou de dano, para o preenchimento do tipo, se não houver dano e independentemente de culpa, o reconhecimento da ilicitude pode interessar para fazer cessar o exercício do direito simplesmente, alcançando assim uma tutela inibitória. Nesse contexto, quando refere os possíveis efeitos jurídicos do reconhecimento, com o preenchimento do tipo do art. 334 do Código Civil português, Ascensão refere:

Para além da interpretação, desenham-se casos de oposição à prática do ato abusivo; de admissibilidade da exceção de não cumprimento, tendo havido cumprimento eivado de abuso; de reconstituição natural da situação abusivamente alterada, fora de toda a invocação de perdas e danos; de tutela provada contra o ato abusivo; e porventura da constituição em benefício da contraparte de uma situação jurídica contrária à situação abusivamente criada (ASCENSÃO, 2010, p. 228).

O abuso de direito ou, melhor, exercício inadmissível, portanto, constitui instituto surgido em diversas manifestações periféricas, para resolver problemas concretos (CORDEIRO, 2009, p. 89-90). Dessa sorte, a ilicitude prevista no art. 187 não basta para impor como consequência necessária a responsabilidade civil. A consequência comum desses modos de exercícios – contrários à boa-fé, aos bons costumes, ou ao fim econômico ou social – seria assim a irregularidade. E sendo irregular, o exercício pode ser proibido, ou seja, pode ser utilizada a ação inibitória (ASCENSÃO, 2015, p. 41).

José de Oliveira Ascensão diferencia, no direito brasileiro, ilícito em sentido restrito e ilícito em sentido lato. Em sentido restrito haveria a figura contemplada no

art. 186<sup>1</sup>, tratando-se assim de um ilícito subjetivo, exigindo dolo ou culpa, e que tem em vista a responsabilidade civil, pois refere expressamente o dano. Em sentido lato, porém, haveria um entendimento objetivo da ilicitude, como contrariedade a preceito jurídico, mas independentemente do estado de espírito do agente. O art. 187 emana desse conceito amplo e objetivo de ilicitude. Não indagando se o exercício se fez com base em dolo ou negligência, ou não. Para que a conduta seja atingida por aquela previsão não há que discutir se o sujeito percebeu de que contrariava os bons costumes, se pretendia ou não violar a função econômica ou social, se julgava ou não atuar corretamente ou contrariamente à boa-fé objetiva (ASCENSÃO, 2015, p. 40).

Igualmente, já em 1924 Pedro Baptista referiu em seu livro:

O exercício de um direito, nos limites traçados pela lei, não poderia ser ilícito, qualquer que fosse a intenção daquele que o exerce. Admitir que se possa investigar a intenção do agente para apurar e avaliar a legitimidade dos móveis que teriam determinado o exercício do seu direito é restabelecer a confusão entre o direito e a moral e transformar o juiz em censor, substituindo a lei pelo seu arbítrio (MARTINS, 1997, P. 126).

Porém, quando em conflito entre direitos, o art. 187 prevê os critérios distintos para ponderação: a contrariedade à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social do direito. Nessa medida:

Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, para análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu querer aparecer (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social) (CACHAPUZ, 2015<sup>a</sup>, p. 13-14).

As noções de fim econômico e social, boa-fé e bons costumes, presentes no artigo 187, constituem conceitos jurídicos indeterminados que precisam ser preenchidos, para que se alcance a abrangência do tipo legal, na medida em que servirão como parâmetros para regular comportamentos ilícitos.

Ascensão, aproximando a figura da boa-fé, considera que, para efeitos do art. 187, trata-se de boa-fé objetiva. Refere que a boa-fé diz respeito a conjunturas de

---

<sup>1</sup> Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

relação, impõe padrões de correção que devem presidir o relacionamento das pessoas, traduzindo-se assim em regras de conduta. E, no caso do art. 187, essas regras de conduta referem-se ao exercício dos direitos. Menciona que, tenha ou não estado no espírito do legislador histórico, a boa-fé tem amplitude suficiente para abranger sem distorção essas figuras também. Não lhes dá regime autônomo, mas este resultará da análise individualizada, que dissemos ser indispensável, dessa categoria. (ASCENSÃO, 2015, p. 40).

Para entender a aplicação prática da boa-fé objetiva, impõe-se também o enfrentamento de, pelo menos, quatro conceitos desenvolvidos pelo direito alemão, conforme o entendimento de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2009, p. 77-89). Primeiro, o *venire contra factum proprium*, que se refere a duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si, mas diferidas no tempo, sendo que uma contradita a outra, sendo, portanto, contraditórias ou opostas. Daí derivando o princípio de confiança, na medida em que o ato posterior seria proibido quando afrontasse uma situação de confiança legítima criada pelo ato anterior do agente. Exige assim um tratamento coerente. Refere Menezes Cordeiro que: Na verdade, o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas (CORDEIRO, 2009, p. 79). Continua dito autor que a tutela de confiança, apoiada na boa-fé, embora convincente, só pode operar na ausência de preceitos jurídicos, quando se apresentarem reunidos pressupostos especiais, que seriam: 1º. uma situação de confiança; 2º. uma justificação para essa confiança; 3º. Um investimento de confiança; 4º. Uma imputação da situação de confiança.

Segundo, a inalegabilidade formal, que se refere a situação da pessoa que, por exigências do sistema, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causado por vício de forma e nesse sentido assevera o autor que a inalegabilidade exige, de início, os quatro pressupostos da tutela de confiança, exigidos no *venire*, além de mais três requisitos: 1º. devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas, não também os de terceiros de boa-fé; 2º. a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; 3º o investimento de confiança deve apresentar-se sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via (CORDEIRO, 2009, p. 81).

Ainda e terceiro, a *supressio* (supressão) alcança manifestações típicas de “abuso do direito” nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outro modo, estaria se contrariando a boa-fé (CORDEIRO, 2009, p. 83).

Quarta, o *Tu quoque* (também tu!) – curiosamente a exclamação de espanto e crítica usada por Júlio Cesar quando de seu assassinato no Senado de Roma percebeu que seu próprio filho adotivo Brutos se encontrava entre os conjurados – exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem incorrer em abuso prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada (CORDEIRO, 2009, p. 83).

Entretanto, considerando-se que o artigo 187 se apresenta como uma cláusula aberta, referido dispositivo pode ser interpretado à luz de orientações diversas, quais sejam: teorias internas e teoria externa<sup>2</sup>. Pela teoria interna, o exercício dos direitos é limitado pelo próprio direito subjetivo, internamente. Pela teoria externa, pode haver restrição a direito subjetivo como produto de ponderação pelo conflito entre liberdades.

### **3. INTERPRETAÇÃO DA ILICITUDE E FORMAS DE AFERIÇÃO DO EXERCÍCIO JURÍDICO NOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL**

#### **3.1. TEORIA INTERNA**

As teorias internas surgiram com a própria ideia de abuso do direito, enquanto as externas reconhecem apenas uma limitação comum ao exercício dos direitos – quando da aplicação da norma ao caso concreto – que por razões históricas teriam sido enquadradas como abuso de direito.

Para as teorias internas, a limitação estaria já no conteúdo do direito subjetivo, este, na medida em que concedido pela sociedade aos seus titulares, já conteria limites intrínsecos, que no seu exercício deveriam ser respeitados. Ultrapassados tais limites internos dos próprios direitos, configurar-se-ia o abuso do direito ou exercício inadmissível de posição jurídica.

Segundo Menezes Cordeiro, as teorias internas, que abarcariam o abuso em sentido próprio, na medida em que a interioridade exprimiria uma essência, podem conduzir a três concepções de abuso do direito: a doutrina dos actos emulativos; as doutrinas funcionais e as doutrinas interpretativas. Assim, a doutrina dos actos emulativos manda computar no exercício jurídico-subjetivo, a concreta intenção do titular do direito. E, sendo a intenção exclusivamente maléfica de causar prejuízos a outrem, surgiria o abuso. Necessária a análise do caso concreto, portanto (CORDEIRO, 2009, p. 90-91).

As doutrinas funcionais tem sua origem em Josserand, entendendo que os direitos subjetivos são concedidos com uma determinada função, e que o abuso decorreria do desrespeito dessa função. Ressalte-se que a função de cada direito deveria ser buscada no interior da norma que compunha o próprio direito. Refere ainda Menezes Cordeiro que as orientações funcionais podem ser ordenadas em doutrinas da função pessoal e doutrinas da função social. Sendo que para as primeiras, o direito seria conferido para que, dele, o próprio sujeito retirasse utilidades, enquanto que para as segundas, o direito subjetivo teria, subjacente, um programa de exercício em prol da sociedade (CORDEIRO, 2009, p. 90-91).

Para Josserand, o direito é dado pelo Estado ou, pelo menos, o Estado tem a função de fazer com que o direito subjetivo não ultrapasse seus próprios limites, ou

---

<sup>2</sup> Contraposição sugerida por Wolfgang Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung* (1934), 85 ss.

seja, a finalidade para o qual foi concebido (JOSSERAND, 1941, p. 552).

Menezes Cordeiro refere terem as teorias interpretativas sucedido às teorias funcionais. Menciona que se houver um direito subjetivo, há de se perguntar, simplesmente, até onde vai a permissão normativa por ele pressuposta e se, associados à permissibilidade básica da situação, não surgem alguns deveres. Afirma que essa saída torna-se mais fácil em razão do predomínio de orientações teológicas, objetivas e “atualistas”, na interpretação e na aplicação do Direito. Refere o autor que o que, de início, traduzia um direito subjetivo com determinada configuração, pode, tempos volvidos, mercê do respeito requerido pelo escopo real da lei e consideradas as circunstâncias do tempo em que é aplicado, exprimir uma realidade diferente. Destacando que, no fundo, nada mais haveria do que um tema de interpretação. Relata, no entanto, que o fazer desembocar o abuso do direito num problema de interpretação, representa uma saída puramente formal para o problema, uma vez que não se dá qualquer critério material para a resolução de questões, procedendo-se, apenas, a deduções logicistas sucessivas de umas posições para outras (CORDEIRO, 2009, p. 93-94).

Consoante Pedro Baptista Martins, está confiada à teoria do abuso do direito a importante missão de equilibrar os interesses em luta e de apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando, como anti-sociais, todos os atos que apesar de praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade desta mesma lei (MARTINS, 1997, p. 07). Refere que, para a caracterização do abuso do direito, é necessário que a lei considere como ato gerador da responsabilidade civil aquele que, embora praticado dentro dos limites concretos do direito, exorbite, porém de seus limites subjetivos (MARTINS, 1997, p. 81).

### **3.2. TEORIA EXTERNA**

Já para a teoria externa os direitos são usados livremente, partindo-se da ideia geral de liberdade, e a ideia da limitação do exercício do direito se apresentaria e se esgotaria na aplicação da norma. Assim, não se falaria em função no corpo da norma ou no direito, mas função a ser buscada – com base nos critérios presentes no tipo legal – quanto da interpretação da norma no caso concreto em vários domínios (ASCENSÃO, 2010, p. 225).

Na aplicação da teoria externa, tem-se o ato é ilegal se não se der conforme os padrões objetivos de comportamento, baseado nos critérios de boa-fé, bons costumes e fim econômico e social, independentemente da finalidade do agente.

E nesse sentido esclarece José de Oliveira Ascensão: O princípio da autonomia privada impede uma intromissão cerrada no controle do exercício dos direitos. Só quando houver um excesso manifesto se justifica essa intromissão do exterior (ASCENSÃO, 2010, p. 225). Entendendo que a exigência corresponde a uma imposição de segurança que se manifesta normalmente até com termos semelhantes (ASCENSÃO, 2010, p. 225).

Também nesse sentido Manuel Atienza esclarece que são ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra, já que *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão, contudo, em razão de sua oposição a algum princípio ou princípios, essa conduta se converte – uma vez considerados todos os fatores – em ilícita. Refere que isso é o que acontece com o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder (ATIENZA, 2014, p. 27).

Menciona que o primeiro problema que o abuso de direito traz é o de determinar qual a classe de ações que podem ser qualificadas de abusivas sob determinadas condições ou circunstâncias e de quais são as condições ou circunstâncias que impõem tal classificação. Afirma que qual seja a classe pertinente de ações é algo que, de início, admite uma resposta simples: trata-se de ações que, *prima facie*, constituem casos de exercício de um direito subjetivo e que são, portanto, ações, de igual forma, *prima facie* permitidas (ATIENZA, 2014, p. 35).

Aduz que quando os destinatários são juízes, os princípios servem de guia de comportamento quando não existem regras específicas que se apliquem a um caso, quando essas sofrem de indeterminação em sua formulação, ou quando aparece algum tipo de desacordo entre as regras e os princípios que as justificam. Em tais supostos, o juiz leva a cabo uma ponderação entre princípios cujo resultado é precisamente uma regra. Destaca, ainda, que os princípios em sentido estrito incorporam valores considerados como últimos pelo ordenamento jurídico (ATIENZA, 2014, p. 22).

É preciso dizer que não se pode tratar de razões de mera diretriz, de razões utilitárias que apelem à maximização de uns ou outros interesses coletivos. Uma ação não pode ser considerada abusiva simplesmente porque não é ação que, entre as possíveis, produz a maior utilidade social, nem tampouco em razão da escassez de sua utilidade social. O espaço de autonomia individual garantido pelas regras da propriedade apenas é esse espaço de autonomia individual se cada um pode tomar suas decisões e atuar dentro desse espaço perseguindo seus próprios interesses e sem necessidade de tomar em consideração em cada caso de que forma tais decisões e ações podem afetar interesses de outras pessoas ou interesses coletivos (ATIENZA, 2014, p. 47).

Partindo-se do tipo legal do referido artigo, pretende-se que seja respeitado o conteúdo da norma e não eventual função implícita do direito. Busca-se dessa forma, que o exercício seja correto, com uma aplicação dirigida ao conteúdo das condutas, e não de eventual função previamente vinculada ao direito e que estaria subentendida.

Talvez se explique o fato de a lei brasileira ter qualificado aqueles atos como ilícitos, uma vez que se baseia num conteúdo do exercício que vai contra um princípio geral do Direito. Mas com isso também se afasta da figura do abuso do direito, em que a consequência da ilicitude é bastante mais duvidosa. Dessarte: verificamos que todas as categorias previstas no art. 187 não se confundem, afinal, com o clássico abuso do direito (ASCENSÃO, 2015, p. 2015).

Maria Cláudia Cachapuz, esclarecendo que quando se propõe uma leitura do art. 187 do Código Civil, pode-se questionar em que medida esta leitura conduz a

uma finalidade específica, de limitação de uma situação concreta de liberdade. Ou seja, pode-se questionar de que forma a leitura pode levar à garantia de um princípio de liberdade, independentemente, desde logo, de uma determinada finalidade material à construção da razão prática. (CACHAPUZ, 2015A). Destaca que se pode partir de uma concepção limitada de liberdade, em que não existe dissociação entre direitos e restrições, pressupondo-se sempre um determinado conteúdo a todo o direito e a toda situação de liberdade. Ou, por outro lado, se pode entender que a restrição possível a todo direito subjetivo – e, principalmente, a um direito fundamental do indivíduo – é independente da própria existência do direito, sendo externa a ele e exigindo uma concepção de liberdade a priori ilimitada, ou seja, passível de restrição apenas quando pressuposta a situação de conflito no caso concreto. Sendo que, nesse caso, a proteção de um direito subjetivo é o resultado de uma situação prévia de ponderação entre direitos e liberdades apreendidos do ponto de vista formal, que se tornam objeto de construção de uma razão prática em face de uma situação concreta de análise (CACHAPUZ, 2015A).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo 187 é uma cláusula aberta na linha das intenções do legislador do novo código e, como toda cláusula aberta, garante uma maior flexibilidade ao jurista na aplicação do direito ao caso concreto, bem como uma atualização e progresso constante do direito, sem deixar de lado a tradição até então alcançada pelo ordenamento vigente – garantida justamente através de elementos indeterminados constantes no tipo legal, no caso do art. 187, a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social.

Contudo, a abrangência e o alcance que vai ser conferido ao dispositivo legal, depende da teoria adotada na leitura do texto. Na teoria interna, a ilicitude seria determinada pelo conteúdo do direito subjetivo, que poderia ser limitado quando o titular exceder os limites previamente estabelecidos pela sociedade. Entendo-se que a sociedade teria concedido o direito ao indivíduo e que, por isso, o concederia, desde que o seu uso estivesse vinculado a uma certa finalidade social, baseada inclusive numa idéia de solidariedade que vincularia o convívio social. Nesse sentido, se verificaria o fim econômico ou social, a boa fé e os bons costumes, como limites ou parâmetros previamente demarcados socialmente para se atingir determinada finalidade. Em contraposição, acolhendo-se uma teoria externa, entender-se-ia que tais conceitos – boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social – apenas orientariam uma conduta universal, devendo ser analisados do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito concreto de interesses.

Nesse sentido, tem-se que a adoção de uma concepção externa contribui ao art. 187 do Código Civil, pois confere a este a perspectiva de exame do ato ilícito a partir de um princípio formal, ou seja, de um princípio que, fundado sobre a liberdade na relação exterior e submetido a uma permanente confrontação pela razão prática,

exige no plano abstrato apenas um requisito de universalização: todo agir humano deve ser promovido de forma a querer tornar-se uma lei universal, independente do fim proposto (CACHAPUZ, 2006, p. 233). Em clara referência à máxima kantiana: age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal – seja qual for o fim a que ela se propõe (CACHAPUZ, 2015A).

Partindo-se de uma ideia geral de liberdade se busca estabelecer espaços próprios - e nessa medida incentivar as diferenciações particulares -, apenas procurando compatibilizar o particular e o universal, quando se fizer necessário compatibilizar liberdades em conflito. A defesa de uma liberdade, a priori ilimitada (ALEXY, 2006, P. 252), não é suficiente para justificar um direito reconhecido de modo absoluto. Ao contrário, assegura que se possa restringir uma liberdade individual, em um caso concreto, desde que em razão da ocorrência de um conflito de interesses particulares opostos – elevados ao grau de princípios. Exigindo que seja efetuada uma ponderação, com base no princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2015, P. 11), para se chegar, na situação concreta, na precedência de um direito fundamental – ou uma liberdade subjetiva - a outro (ALEXY, 2006, P. 158). Assim, embora se reconheça a possibilidade da adoção da teoria interna – quando se parte de posições definitivas -, não se pode afastar a correção na adoção de uma teoria externa - partindo-se posições prima facie -, na análise do art. 187 do CC.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, Robert Alexy. SUHRKAMP VERLAG, 1986. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais. In: Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy/ Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2006:1000758989>. Acesso em: 25/05/2015.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: Teoria Geral, vol. 3: Relações e Situações Jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATIENZA, Manuel. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero; tradução Janaina Roland Matida. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro. Disponível em:

<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em 25/05/2015.

\_\_\_\_\_. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91db811b080f2bcf>. Acesso em: 25/05/2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Eficácia externa dos créditos e abuso do direito. In: O Direito. Ano 141° (2009), I. Diretor: Inocêncio Galvão Telles.

\_\_\_\_\_. Evolução da Responsabilidade Civil. In: Revista Forense. Rio de Janeiro – Abril de 1941. Vol. LXXXVI. Ano XXXVIII. Fascículo 454.

MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726.51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>. Acesso em: 25/05/2015.

MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito/Pedro Baptista Martins. – 3. Ed. Histórica com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização”/de José da Silva Pacheco – Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 07.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O Novo Código Civil – Parte Geral. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Número 12, Ano 17, dez. 2005.

PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil, vol. II, 2<sup>e</sup> ed. Paris, 1902.

REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

## **CAPÍTULO VI**

### **A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO**

---

**Douglas Santos Mezacasa  
Eduardo Roberto dos Santos Beletato**

## A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

**Douglas Santos Mezacasa**

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas - CESUMAR  
Maringá-PR

**Eduardo Roberto dos Santos Beletato**

Pós-Graduando em Direito Previdenciário - UEL  
Londrina-PR

**RESUMO:** O presente artigo possui o condão de analisar a possibilidade de um adicional de 25 por cento ao segurado aposentado que necessite de ajuda de terceiros para sobreviver. Ademais, busca-se compreender a essência do referido adicional com base nos princípios norteadores da Constituição Federal da República Brasileira (dignidade da pessoa humana e isonomia) e o papel do Estado diante de tal contingência social. O artigo em foco visa demonstrar a possibilidade de se estender o acréscimo de 25 por cento a todas as espécies de aposentadorias integrantes do Regime Geral da Previdência Social, tais como, aposentadoria por Invalidez, por Idade e por Tempo de Contribuição. Foram elencados os requisitos gerais que o segurado-aposentado deverá cumprir para que seja concedido o adicional em seu salário-benefício.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aposentadoria. Acréscimo. Extensão. Dignidade. Isonomia.

### 1. INTRODUÇÃO

O acréscimo assistencial de 25% na aposentadoria por invalidez está previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/91, que aduz: “O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”.

Mencionado acréscimo está estabelecido na legislação vigente e possui fundamento na Constituição Federal e tem por princípios garantir a prevalência da dignidade da pessoa humana.

Para ser beneficiária deste adicional, é necessário estar enquadrado em algumas das doenças elencadas do Anexo I, do Decreto nº 3.048/99. Ocorre que não é somente quem se aposenta por invalidez que está enquadrado neste rol.

Portanto, existe também a possibilidade de um segurado ou aposentado por idade/tempo de contribuição de no decorrer de sua aposentadoria contrair alguma doença do mencionado rol e necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

O presente estudo busca demonstrar a possibilidade de extensão do acréscimo assistencial de 25% de que trata o artigo 45, da Lei nº 8.213/91, para beneficiários aposentados por idade ou por tempo de contribuição que necessitem da assistência permanente de outra pessoa.

Relevante destacar que a população de idosos quase triplicará até o ano de

20503, assim, é nítido o aumentar das demandas judiciais buscando mencionado acréscimo nas aposentadorias para as pessoas que necessitem de assistência permanente de terceiro.

Dessa forma, será feita uma análise do retro artigo e realizada uma interpretação análoga, utilizando a melhor doutrina e a jurisprudencial atual, expandindo os direitos que restritivamente apenas os aposentados por invalidez possuem, aos aposentados por idade e por tempo de contribuição, devendo respeitar os direitos dos beneficiários com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

## 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES QUANTO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO

Assim como em grande parte dos Estados Democráticos de Direito, o Brasil também conta com diversas fontes de direito, além da Carta Magna. Os princípios, neste caso, os princípios jurídicos são os mandamentos emanados pela sociedade, onde se origina o sustentáculo de uma norma de direito.

Dessa forma, é a definição para Miguel Horwath Junior:

Princípios são fundamentos, proposições básicas, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. São alicerces da ciência, enquanto ideias jurídicas materiais são manifestações especiais da ideia de Direito. Quando transcritas para a Carta Constitucional, transmudam-se em normas constitucionais com eficácia, ainda que no grau mínimo – normas constitucionais programáticas. (JUNIOR, 2005, p.58).

Sergio Cavalieri Filho ainda aduz que:

[...] os princípios desempenham múltiplas funções, dentre as quais se estaca, em primeiro lugar, a função estruturante, isto é, de dar unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas diferentes partes. Princípios funcionam como estruturas jurídicas de todo o sistema, colunas de sustentação e vigas mestres [...] (FILHO, 2008, p.26)

Portanto, os princípios são aplicados onde haja lacunas dentro do ordenamento jurídico, ou seja, quando um determinado caso concreto, dentro do direito material, houver a inexistência entre tratado ou costume, por exemplo, ou até por falta de jurisprudência pertinente a um determinado caso, o princípio serve como fonte subsidiária ao direito previdenciário.

Fábio Pinto Martins, conclui dizendo:

Inicialmente, poder-se-ia dizer que princípio é onde começa algo. É o início,

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2015/09/numero-de-idosos-quase-triplicara-no-brasil-ate-2050-afirma-oms-4859566.html#>> Acesso em: 05 de Agosto de 2016.

a origem, o começo, a causa. Princípio de uma estrada seria o seu ponto de partida. Todavia, não é esse o conceito geral de princípio, que precisamos conhecer, mas o seu significado perante o Direito. São os princípios as proposições básicas que fundamentam, inspiram e orientam as ciências. Para o direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas. (MARTINS, 2013, p. 46).

Sendo assim, os princípios que orientam o direito a Seguridade Social estarão elencados logo abaixo.

## 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Possui um conceito extremamente amplo, existe uma grande dificuldade para conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, é difícil de ser definida restritivamente, haja vista englobar diversas concepções e significados. Seu sentido foi elaborado ao longo dos anos, antes mesmo de estar expresso na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, trouxe expresso mencionado princípio, e possui relevância entre outros do Estado brasileiro.

O avanço que o Direito Constitucional apresenta é parte da premissa de que a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa, e da visão de que a Constituição Federal é o local mais adequado para positivizar normas asseguradoras dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido já dizia Gilmar Ferreira Mendes:

Seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ileso às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem. (MENDES; BRANCO, 2008, p.231).

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais conseguiram um avanço significativo, onde passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana reporta a ideia democrática, é um dos fundamentos mais fortes do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Adequado ao caso em comento, o ser humano não pode ser tratado como

---

<sup>4</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

simples objeto de arrecadação para a previdência social, pois, quem contribui com suas obrigações em dia, deve ter em contrapartida a assistência necessária para uma vida digna.

Deste modo, cabe ao Estado proteger os princípios constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação e aplicação correta das normas e princípios aplicáveis no caso em tela. Pois, ao mesmo tempo que o Legislativo estabelece normas dúbias, que podem ser interpretadas restritivamente, ele traz outra com a possibilidade de amparar as pessoas que necessitam, ou seja, as normas para a proteção da dignidade humana, de modo a adotar medidas e normas que possibilitem o acesso a uma vida digna.

Portanto, é extremamente necessário o amparo do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito judicial, no que diz respeito as causas que tem como parte a Previdência Social, pois o bem que aqui buscamos demonstrar e que se pretende proteger com o acréscimo assistencial de 25% para a aposentadoria por idade e por tempo de contribuição.

## 2.2 Princípio da Isonomia

Ao se tratar do princípio da Isonomia ou também conhecido como Princípio da Igualdade, este veio disposto na atual Carta Magna, mais especificamente no caput do artigo 5º, que 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, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

Com essa redação pode-se extrair que intuito do constituinte, ao inserir o referido princípio como norma fundamental ao cidadão, foi de buscar um sentimento de igualdade de direitos em meio há uma sociedade que traz, de forma explícita, diferentes tipos de tratamentos aos cidadãos.

Basicamente, segundo JUNIOR e FOLMANN (2015, pag. 115) “pode-se considerar que no tocante a igualdade de tratamento, deve-se tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais na medida da sua desigualdade para promover a igualdade de tratamento, conforme máxima aristotélica”.

Wladimir Novaes Martinez, ainda conclui que:

A liberdade é postulado superior do direito. A legalidade é efetivação do Direito. A igualdade é concessão da sociedade ao direito. Se a liberdade é instintiva, a igualdade é criação do espírito humano. Nada na natureza é igual e não são iguais os homens; no entanto, esse é um princípio superior a ser preservado. Todos são iguais perante a lei e, sem embargo, não existem dois seres humanos iguais. No dizer de Barker, citado por Temístocles Cavalcanti (princípios gerais do direito público, p. 198), todos tem o mesmo direito, mas não o direito a mesmas coisas. (MARTINEZ.

Dessa forma, percebe-se que todos os indivíduos possuem sua particularidade que os deixam, em determinadas situações, desiguais perante outros grupos da sociedade, instaurando uma necessidade de igualar essas determinadas relações, por meio do poder do Estado.

Sendo assim, o principal objetivo da inserção destes princípios na Constituição Federal foi de estabilizar o bem-estar de todos os cidadãos sem qualquer tipo de preconceito ou diferença capazes de rebaixá-los.

### **3. BREVE INTRÓITO SOBRE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ**

A aposentadoria por invalidez tem amparo na Lei nº 8.213/91, nos artigos 42 a 47, e no RPS, nos artigos 43 a 50, ela somente é devida ao segurado considerado incapaz para o trabalho e for insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade com o fim de garantir sua subsistência, estando ele em gozo ou não de auxílio-doença.

Dessa maneira, o fato de ter o segurado recebido anteriormente o auxílio-doença não trará qualquer prejuízo para a concessão da aposentadoria por invalidez, neste sentido discorre:

“Todavia, na prática, a perícia médica concede o auxílio ao segurado, esperando que este venha a recuperar-se das lesões apresentadas. Caso isto não ocorra, chegando a perícia à conclusão de que o segurado é irreversível para a sua atividade ou inadaptável para outro, é então aposentado por invalidez. (IBRAHIM, 2015, p.591).

A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, ser acompanhado por um médico de sua confiança.

Nada obsta que o segurado aposentado por invalidez após determinado tempo recupere sua capacidade laboral. Sem dúvida é um fato que não pode ser previsto pela perícia médica, mas sim, ser observado futuramente. Mais precisa é a explanação de Fábio Zambitte Ibrahim:

“A princípio, é de estranhar a previsão de recuperação (total ou parcial) de capacidade laborativa do aposentado por invalidez. Entretanto, como a medicina evolui a cada dia, com novos medicamentos e tratamentos mais eficazes, é possível que o segurado, hoje inválido, venha a recuperar alguma capacidade laborativa em futuro próximo. Daí a reversibilidade do benefício, o que justifica a manutenção das perícias periódicas e tratamento obrigatório mesmo após a aposentação. (IBRAHIM, 2015, p.591/592).

Portanto, conforme exposto, um aposentado por invalidez pode voltar a ter capacidade laborativa, pois a medicina avança no decorrer do tempo, recuperando

mencionada capacidade, cessa o eu benefício.

Segundo o entendimento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, “uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez” (Súmula 47, da TNU).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu da mesma maneira, considerando que para a concessão de aposentadoria por invalidez, na hipótese de laudo pericial com conclusão pela incapacidade parcial para o trabalho, devem ser levados em consideração os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado (AgRg no AREsp 283.029-SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 9.4.2013. 2ª Turma).

Relevante ressaltar que nos termos do artigo 15, §6º, da Lei nº 10.741/2003, alterado pela Lei nº 12.896/2013, é assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar ou hospitalar para a realização da perícia médica do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, sempre que o segurado enfermo não tivesse condições de se deslocar.

A partir da Lei nº 9.032/95, a renda mensal do segurado será de 100% do salário de benefício, sem ocorrer aplicação do fator previdenciário. Independente ser a invalidez decorrente de acidente de trabalho ou não.

Assim, ao ser o segurado aposentado por invalidez, deverá se afastar de toda e qualquer atividade remunerada, sob pena de cassação do benefício (aposentadoria por invalidez), já que cessou o evento determinante para a concessão do benefício, ou seja, incapacidade permanente para o trabalho.

#### **4. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.213/91 – O ACRÉSCIMO DO ADICIONAL DE 25% NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ**

A Lei nº 8.213/91, restritivamente, prevê em seu artigo 45, um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) no valor do benefício em situações que o segurado ou que o aposentado por invalidez venha a necessitar de assistência permanente de outra pessoa, sendo limitada nos termos legais apenas ao aposentado por invalidez, conforme se extrai:

Artigo 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

De acordo com Marco Aurélio Serau Junior e Melissa Folmann:

A proposta da extensão de concessão do adicional de 25% aos demais benefícios previdenciários é uma forma de tentar garantir o tratamento igualitário insculpido na Carta Magna de forma fundamental, pois o objetivo alçado neste dispositivo é conceder um percentual mínimo de

caráter assistencial a quem necessita da ajuda de terceiros para sobreviver. [...] Já se percebe hodiernamente que os beneficiários da previdência social se ressentem da necessidade de declaração do seu alcance como direito humano, dando tratamento igualitário aos seus benefícios. Assim, a expectativa do direito já se faz presente, eis que já se encontra presente uma contingência que carece de uma proteção social, qual seja, a necessidade de uma outra pessoa para sobreviver, contudo, deve observância ao cumprimento de todo o processo para torna-lo realmente constituído e concreto. (JUNIOR; FOLMANN, 2015, pag.117).

Dessa forma, o referido acréscimo de 25% na aposentadoria por invalidez veio para suprir uma necessidade acrescentada por conta do auxílio de terceiros que os ajudarão em suas necessidades básicas e necessárias, amenizando, assim, os impactos financeiros sofridos pelo segurado.

No que se refere à concessão do adicional de 25% para as aposentadorias, primeiramente deve ser observado o Decreto nº 3048/99 em seu anexo I, onde restou regulamentado quais tipos de situações em que o benefício será concedido ao segurado, mencionadas a seguir:

#### REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

##### A N E X O I

RELAÇÃO DAS SITUAÇÕES EM QUE O APOSENTADO POR INVALIDEZ TERÁ DIREITO À MAJORAÇÃO DE VINTE E CINCO POR CENTO PREVISTA NO ART. 45 DESTE REGULAMENTO.

1-Cegueira total.

2-Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.

3-Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.

4-Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível.

5-Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.

6-Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.

7-Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.

8-Doença que exija permanência contínua no leito.

9-Incapacidade permanente para as atividades da vida diária. (BRASIL, 1999).

Importante destacar que o rol disponível no anexo acima possui caráter exemplificativo. Assim explica João Ernesto Aragões Vianna:

Os casos tipificados no regulamento não poderiam ser exaustivos, pois a grande invalidez depende de análise do caso concreto; entretanto, pelo disposto no item 9, vê-se que sua intenção não era mesmo limitar àqueles. (VIANNA, 2013, pg.491).

Esse também é o entendimento jurisprudencial atual que, mesmo com o anexo I elencando o tipo e o grau da incapacidade, o acréscimo será concedido de acordo com o caso concreto, devendo sempre, ser avaliado pelos médicos peritos do

INSS.

Assim, caso o pedido do adicional seja negado na seara administrativa, o segurado poderá pleitear o referido pelas vias judiciais, onde os tribunais superiores já se posicionaram favorável a cerca do tema:

ACIDENTE DO TRABALHO. ADICIONAL SOBRE O VALOR DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE POR TERCEIRO. DECRETO Nº 3.048/99. ROL EXEMPLIFICATIVO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA CONFIGURADA. O fato de a restrição apresentada não se encontrar arrolada no Anexo I, no Decreto n.º 3.048/99, por si só, não impede a concessão do benefício, pois a redução da capacidade para o trabalho, exigida em lei, depende da análise do caso concreto, diante das lesões do segurado e do tipo de atividade laboral desenvolvida. É cabível a concessão do adicional de 25%, sobre o valor da aposentadoria por invalidez, ao segurado que necessita de assistência permanente de terceiro. Inteligência do art. 45 da Lei 8.213/91. [...] APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA, PARCIALMENTE, EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70067754416, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 17/03/2016). (TJ-RS - REEX: 70067754416 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 17/03/2016, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2016).

Ainda há que se falar do valor do benefício que o segurado poderá alcançar caso seja concedido o acréscimo de 25%.

De acordo com o artigo 45 da Lei 8213/1991, o segurado que se beneficiar com o devido adicional poderão alcançar 125% do valor do salário benefício, hipótese esta que o valor do benefício poderá ultrapassar o teto máximo permitido na época.

## **5. A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO**

Como foi possível verificar acima, nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à igualdade material. De forma que, a interpretação restritiva do artigo 45, da Lei nº 8.213/91 acarreta a violação dos princípios da dignidade humana e do princípio da isonomia. Ao aplicar os princípios temos que todos são iguais, ao restringir que o adicional de 25% apenas para as pessoas aposentadas por invalidez, existe uma distinção entre determinados cidadãos, de modo a não garantir para estes aposentados por idade ou contribuição as necessidades básicas, quando associadas a necessidade de manutenção pelo auxílio de terceiros diante de situação de incapacidade física ou mental.

A Constituição Federal em seu artigo 201, §1º<sup>5</sup>, menciona que na previdência social é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, com exceção de quem trabalha sob condições especiais, reforçando ainda, vem o Inciso I do retro dispositivo, que aduz sobre a cobertura dos eventos em caso de doença, invalidez, morte e idade avançada, no final temos a chamada aposentadoria por idade.

Assim, aplicar o benefício dos 25% apenas nos termos do artigo 45, da Lei nº 8.213/91, é retirar a proteção constitucional dos idosos aposentados por idade e por tempo de contribuição que por ocasião de alguma superveniência venham a ficar acometidos por doenças que necessitem do auxílio de terceiro, como é o caso arcar com os custos de um cuidador.

Destarte, mesmo que ainda não esteja legislada a extensão dos 25% aos aposentados por idade ou tempo de contribuição, é possível ingressar com uma ação judicial para que o aposentado acometido por enfermidade grave receba tratamento igualitário pela Previdência Social.

A via judicial é essencial para ser aplicado o artigo 45, da Lei nº 8.213/91 por analogia, pois o INSS por ser um ente administrativo, é certo que o pedido administrativo para o órgão será negado, pois o ente segue restritivamente as leis, ou seja, ele considera o rol de doenças enumeradas pelo Anexo I, do Decreto nº 3.048/99 como taxativo, enquanto para o judiciário é meramente exemplificativo, como trata em sua obra o ilustre doutrinador Ivan Kertzman:

Considerando que o art. 45, da Lei 8.213/91 prevê o acréscimo de 25% para o segurado que necessite da assistência permanente de outra pessoa, sem remeter a qualquer regulamentação, entendemos que a lista constante do anexo 1 do Decreto 3.048/99 deve ser considerada meramente exemplificativa. Este entendimento, todavia, diverge do entendimento da autarquia previdenciária, que somente concede o referido acréscimo quando a doença estiver presente na lista. (KERTZMAN, 2015, p.371).

Destarte, mesmo que ainda não esteja legislada a extensão dos 25% aos aposentados por idade ou tempo de contribuição, é possível ingressar com uma ação judicial para que o aposentado acometido por enfermidade grave receba tratamento igualitário pela Previdência Social.

Além dos argumentos constitucionais, é possível verificar que na Lei nº

---

<sup>5</sup> **Art. 201.** A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

**§ 1º** É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

8.112/90, no artigo 190, que trata sobre o Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais, existe a previsão pela majoração dos proventos proporcionais em caso de superveniência de moléstia grave.

No mais, ainda que corriqueiramente, os Tribunais começam a conceder o acréscimo assistencial de 25% aos aposentados por idade e por tempo de contribuição, por analogia aos mencionados dispositivos, e em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia, buscando corrigir a situação de desigualdade trazida pelo artigo 45 da Lei nº 8.213/91.

Conforme leciona em sua obra o doutrinador Denilson Victor Machado Teixeira:

Porém, ainda que pese a legislação previdenciária conferir tal direito (adicional do necessitado por assistência permanente de terceiro) apenas aos aposentados por invalidez, entende-se que, por questão isonômica e diante do critério da analogia, torna-se também devido aos aposentados em geral (por idade, por tempo de contribuição, inclusive professores e especiais). (TEIXEIRA, 2015, p.227).

O renomado doutrinador é mais abrangente ao dizer que o benefício se estende aos professores e às aposentadorias especiais, nesta mesma seara, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por analogia, decidiu ser devido o acréscimo os 25% ao benefício para um aposentado que passou a necessitar da assistência integral de terceira pessoa, conforme segue:

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL. 1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. 2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal. 3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental. 4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria. 5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em

razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença. 6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa. 7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação. (TRF/4, AC 0017373-51.2012.404.9999/RS, 5ª Turma, Des. Federal Rogério Favreto, DE de 16.09.2013). (grifo nosso)

Vale destacar que não só o TRF 4ª Região é favorável à extensão do benefício, mas também a Turma Nacional de Uniformização que reformou um acórdão da Turma Recursal. No entanto, estes estão restritos às aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, quais sejam:

PREVIDENCIÁRIO. EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI N.º 8.213/91 PARA OUTRAS APOSENTADORIAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TNU. PEDILEF CONHECIDO E PROVIDO. 1. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal – PEDILEF apresentado contra acórdão de Turma Recursal que negou provimento a recurso inominado, em sede de demanda visando à concessão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/91 a aposentadoria por idade fruída pela parte autora. 2. O PEDILFE deve ser conhecido, pois há divergência entre a decisão recorrida e o que decidiu esta TNU nos PEDILEF n.º n.º 50033920720124047205 e n.º 05010669320144058502 (art. 14, § 2º, da Lei n.º 10.259/2001). 3. Confirmam-se os excertos da ementa do PEDILEF n.º 50033920720124047205: “INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NA LEI 8.213/91 A OUTRAS APOSENTADORIAS (IDADE E CONTRIBUIÇÃO). POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUESTÃO DE ORDEM Nº 20. RETORNO DOS AUTOS À TURMA DE ORIGEM PARA REEXAME DE PROVAS. PARCIAL PROVIMENTO. (...). “(...) preenchidos os requisitos ‘invalidez’ e ‘necessidade de assistência permanente de outra pessoa’, ainda que tais eventos ocorram em momento posterior à aposentadoria e, por óbvio, não justifiquem sua concessão na modalidade invalidez, vale dizer, na hipótese, ainda que tenha sido concedida a aposentadoria por idade, entendo ser devido o acréscimo”. (...). Desta forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO INCIDENTE para determinar a devolução dos autos à Turma Recursal de origem para firmar que a tese de concessão do adicional de 25% por auxílio permanente de terceira pessoa é extensível à aposentadoria da parte autora, uma vez comprovado os requisitos constantes no art. 45 da Lei nº 8.213/91, devendo, por este motivo, a Turma de origem proceder a reapreciação das provas referentes à incapacidade da requerente, bem como a necessidade de assistência permanente de terceiros”. (PEDILEF n.º 50033920720124047205, Juiz Federal Wilson José Witzel, DOU de 29/10/2015, pp. 223/230) . (grifo nosso)

De acordo com a decisão da Turma Nacional de Uniformização, o Juiz Federal Marcos Antônio Garapa de Carvalho, relator dos processos, destacou que os pedidos de uniformização de interpretação de lei federal (PEDILEF) deveriam ser conhecidos, pois existiam divergências entre as decisões recorridas da própria TNU em processos que trataram do mesmo assunto.

O Magistrado entendeu que preenchidos os requisitos da “invalidez” e a “necessidade de assistência permanente de terceiro”, mesmo que tal necessidade ocorra fora da modalidade aposentadoria por invalidez, é extensível às modalidades por idade e por tempo de contribuição.

Pois, como já mencionado, requisito essencial para justificar a extensão do benefício para mencionadas modalidades de aposentadoria é a existência de superveniência de doença que necessite do auxílio permanente de terceiro.

O aposentado pode requisitar no momento em que estiver solicitando sua aposentadoria, ou em momento posterior caso seja acometido por moléstia grave, desde que exista a necessidade permanente por terceira pessoa para auxiliar o aposentado. Não há o porquê distinguir o aposentado por invalidez do aposentado por idade e do aposentado por tempo de contribuição, pois o valor do recolhimento de tais segurados é o mesmo.

Assim, para se concretizar a o pagamento do adicional de 25%, deve ser realizada a perícia médica para verificar se o segurado ou aposentado necessita ou não da assistência permanente de terceiro, sendo posteriormente fixada a data de pagamento do adicional. No mais, vale ressaltar que mencionado adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo possível incorporar o valor à pensão por morte.

## **6. CONCLUSÃO**

Após exposição contextual acerca do tema, é possível perceber que após anos de inércia do Estado, o legislador tratou de incluir na Constituição Federal de 1988, normas fundamentais que possibilita uma inclusão social do ser humano como seres iguais. Ainda assim, tratou de buscar igualdade de direitos e deveres que abrangessem todas as classes econômicas e sociais.

É com base nesse tratamento isonômico/igualitário entre os cidadãos que se pode chegar a conclusão de que todos os segurados-aposentados que se enquadram em determinadas situações de vulnerabilidade e que necessitam de auxílio de terceiros, terão direito há um aumento do valor de suas aposentadorias, independente se esta é uma aposentadoria por invalidez, idade ou por tempo de contribuição.

Necessário reforçar que a distinção entre a aposentadoria por invalidez das aposentadorias por idade e tempo de contribuição, é incabível e inconstitucional. Tendo em vista a necessidade do segurado-aposentado em ter a assistência permanente de outra pessoa.

O Estado, munido de sua capacidade e amparado pelo seu dever, deve

proporcionar ao cidadão que sempre verteu contribuições ao INSS, o mínimo de conforto necessário capaz de proporcionar uma velhice digna e respeitosa ao se aproximarem do final de suas vidas.

Deste mesmo modo, ainda com base no tratamento isonômico emitido pelo Estado, este não deverá fazer distinções entre os segurados, ou seja, a extensão de 25% a mais no salário benefício deve privilegiar a todos os aposentados e, não somente, o aposentado por invalidez.

Está-se diante de uma medida protetora onde o segurado/aposentado, como ser hipossuficiente, quando idoso, não possui mais condições de trabalho, devendo então, estender a todos os segurados integrantes do Regime Geral da Previdência Social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau. FOLMANN, Melissa. **Previdência Social em busca da Justiça Social**. 1ª ed. São Paulo. Editora LTr, 2015. p115.

JÚNIOR, Miguel Horwath. **Direito Previdenciário**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2005. p. 58

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12ª Edição. Bahia: Editora JusPODIVIM, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes, **Princípios de Direito Previdenciário**. 6ª Edição. São Paulo. Editora LTr, 2015 pag.237.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social. Custeio da Seguridade Social**. 33ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2013. p. 46.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2008, p. 231.

RAMOS, Waldemar. **Aumento de 25% do valor da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para quem necessita de cuidados de terceiros**. Disponível em: < <http://ramosprev.jusbrasil.com.br/artigos/114682819/aumento-de-25-do-valor-da-aposentadoria-por-idade-e-por-tempo-de-contribuicao-para-quem-necessita-de-cuidados-de-terceiros>>. Acesso em 06 de agosto de 2016.

ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 3ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 40.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. 3ª Edição. São Paulo: Editora JHMIZUNO. 2015.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 491.

**ABSTRACT:** This article has the power to examine the possibility of an additional 25 percent to the insured retired requiring third parties to help survive. Moreover try to understand the essence of the additional said based on the guiding principles of the Brazilian Federal Republic Constitution (human dignity and equality) and the role of the state in the face of such social contingency. The article focus aims to demonstrate the possibility of extending the 25 percent addition to all kinds of General Regime members pensions of Social Security, such as retirement for disability, by age and time of contribution. They were listed the general requirements that the insured retired must meet to be granted the additional benefit on your salary.

**KEYWORDS:** Retirement. Increase . Extension. Dignity. Equality.

## **CAPÍTULO VII**

### **A VIDA DE PABLO ESCOBAR E A ESFERA PÚBLICA: DIREITO AO ESQUECIMENTO E “NECESSIDADE” DE LEMBRAR**

---

**Maria Cláudia Cachapuz  
Clarissa Carello**

## A VIDA DE PABLO ESCOBAR E A ESFERA PÚBLICA: DIREITO AO ESQUECIMENTO E “NECESSIDADE” DE LEMBRAR

### **Maria Cláudia Cachapuz**

Doutora em Direito pela UFRGS

Professora da Graduação em Direito da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle

Magistrada do TJRS

### **Clarissa Carello**

Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle

Professora da Graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis

Advogada no RS.

**RESUMO:** Através de pesquisa empírica e de revisão bibliográfica, busca-se através deste artigo avaliar a aplicabilidade do direito ao esquecimento a vida do traficante de drogas Pablo Escobar e de sua família. Assim, a passagem do tempo e a necessidade de manter presente a memória a sua existência e sua trajetória foram recentemente renovadas através de duas séries de televisão que retrataram a vida deste traficante. Ao longo do texto, aborda-se ainda a medida da necessidade da lembrança e do esquecimento de circunstâncias históricas relevantes ao interesse público. Segundo Sebastián Marroquin (registrado originalmente como Juan Pablo Escobar, filho de Pablo), tornou-se necessário, para a permanência de convívio social dos familiares, alterações de nome, residência entre outras situações fáticas para a preservação de esferas privada e pública de relacionamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento; Relações privadas; Direitos da Personalidade; Divulgação de informações privadas

## **1. INTRODUÇÃO**

O tempo é uma das temáticas mais afetas ao direito. Todavia, a medida que o tempo passa, acredita-se que as circunstâncias, os detalhes e as sensações atreladas àquele momento sejam esquecidas. Diante de um personagem controverso e histórico como Pablo Escobar, o tempo pode assumir outra conotação. É possível esquecer a trajetória de um dos principais traficantes internacionais de drogas dos anos 80 e 90?

É justamente a partir dessa indagação que o tempo e a possibilidade de esquecimento de tudo que representou Pablo Escobar para a Colômbia, para o mundo e para sua família será abordado. Sua vida foi recentemente retratada por séries de televisão, sua história recontada através de livros, um deles de autoria de seu filho, Juan Pablo Escobar, recentemente lançado no Brasil, sob o título “Pablo Escobar: meu pai. As histórias que não deveríamos saber”. Batizado como Juan Pablo Escobar, adotou o nome de Juan Sebastián Marroquín Santos para ser esquecido. Contraditoriamente, escreveu um livro onde conta a história de seu pai e revela sua

identidade.

Além do livro, Sebastián concedeu entrevistas manifestando seu expresso descontentamento com a forma como a história de seu pai e também a de sua família foi tratada. Uma dessas entrevistas foi dada em colaboração ao presente trabalho, realizada por e-mail (pesquisa empírica) em abril de 2016. Na ocasião, ele respondeu a questionamentos sobre a legitimidade de pleitear o que deve ser esquecido ou lembrado em uma história como a de seu pai e também considerando suas próprias vivências.

Oportuno lembrar que, em agosto de 2015, estreou a série *Narcos*, produzida pelo canal de entretenimento Netflix. A vida de Pablo Escobar é contada em dez episódios, com ênfase no período em que agentes do DEA (Drug Enforcement Administration), departamento da polícia especial dos EUA, são enviados à Colômbia para combater o tráfico de drogas juntamente com autoridades locais até a morte do narcotraficante. Em virtude da curta duração da série, os quarenta e quatro anos de Pablo são reduzidos às suas primeiras incursões em atividades ilegais, sua curta trajetória no cenário político colombiano, a formação dos cartéis e o comércio ilegal de drogas para os países vizinhos, como os Estados Unidos e suas ações de combate aos “inimigos”, com a morte de pessoas ligadas a justiça, polícia, exército, política e civis.

Em 2012, a rede de televisão colombiana Caracol produziu uma série com 74 episódios sobre a vida de Pablo Escobar, a qual foi reproduzida em diferentes países, como Brasil, e tendo como título “Pablo Escobar: o senhor do tráfico”. Esta série de televisão demonstra, desde a música de abertura, que em determinado trecho assinala: “se matam as pessoas, mas não suas almas” (tradução livre), bem como através de imagens das cenas reais da vida do narcotraficante e do rastro de destruição que suas ações terroristas provocaram na Colômbia, que é inviável esquecer o seu personagem principal.

Nos episódios, a vida de Escobar é contada desde a sua infância até sua morte em dezembro de 1993, quando estava isolado e debilitado. Tendo em vista a quantidade de capítulos dessa produção, foi possível detalhar aspectos de sua personalidade, seus hábitos, sua relação com os companheiros de crime, amigos e familiares e, também, o seu peculiar jeito de resolver suas disputas e interpretar as leis do seu país. Toda essa produção faz renascer em todos os envolvidos, direta ou indiretamente, as lembranças de Escobar.

Sob essa perspectiva, o tema do direito ao esquecimento é apresentado através da análise do tempo, das memórias e do caráter histórico da vida do protagonista retratado nas séries. Nesse sentido, igualmente cabe uma análise sob aspectos relacionados à proteção da intimidade e da privacidade de Pablo e seus familiares, bem como das pessoas que com ele conviviam e também são referidas ao longo das produções de televisão.

## 2. PABLO ESCOBAR E AS ORIGENS

Nascido em uma família simples, Pablo Emilio Escobar Gaviria foi o segundo filho de uma professora primária e um agricultor. Sua infância e juventude em Medellín não foram em um ambiente criminoso ou que poderia influenciá-lo à se tornar a figura que se tornou. Todavia, seu “início” em condutas que desafiavam a legalidade, deu-se com a venda de diplomas falsos de conclusão do liceu onde era também aluno. Um pouco depois, passou a furtar laranjas de comerciantes instalados no bairro de La Paz, as quais eram revendidas a outros estabelecimentos (ESCOBAR, 2015, p. 110/111). Pablo tinha um perfil ambicioso e, mesmo ingressando no curso de contabilidade, acabou por abandoná-lo ainda no primeiro período, pois não via nos estudos possibilidade de prosperar. Na sorveteria La Iguana, que Pablo frequentava na época, ele dizia aos seus amigos a seguinte frase: “Se eu não tiver conseguido 1 milhão de pesos até completar trinta anos, eu me suicido” (ESCOBAR, 2015, p. 116). Acreditava que, para ter o sucesso financeiro que almejava, as atividades ilícitas seriam mais lucrativas, atendendo assim suas expectativas em um menor espaço de tempo.

Uma pessoa marcante para Pablo, que é retratada tanto nas séries como no livro de autoria de seu filho, é o primo Gustavo Gaviria (ESCOBAR, 2015, p. 110). Foi com ele que Pablo praticava seus – pequenos – delitos. Pablo e Gustavo, em uma oportunidade, roubaram um caminhão carregado de produtos de higiene e, acabaram comercializando todos os produtos que lá estavam. Com o lucro, Escobar adquiriu uma Lambreta (ESCOBAR, 2015, p. 115). Com essa motocicleta passou a exercer outra atividade: venda de lápides para túmulos em cemitérios. Todavia, mesmo diante de uma atividade sem conotação delitativa, Pablo e seu primo perceberam que poderiam roubar as lápides que vendiam dos túmulos que eram colocadas e, após, revendê-las para outras famílias (ESCOBAR, 2015, p. 115). Tal prática acabou sendo descoberta, gerando rumores no bairro em que moravam. Assim, a dupla deixou o “comércio” de lápides e passou a furtar bilheterias de cinemas e também veículos. Tais furtos geravam mais retorno financeiro e, igualmente lhes rendia popularidade entre as jovens do bairro de La Paz (ESCOBAR, 2015, p. 117/118).

Em meio a uma vida de transgressões, no ano de 1973, Pablo conheceu Victoria Eugenia Henao Vallejo. Na época ela tinha apenas treze anos e ele vinte e quatro. Encantou-se com a moça e cercou-a de todas as maneiras, dava presentes caros e a cortejava, mesmo sabendo da oposição que a família de Victoria tinha ao relacionamento dos dois (ESCOBAR, 2015, p. 118/120). Mesmo contrariando os conselhos da família, ela casou-se com Escobar em 1976 e com ele teve dois filhos, Juan Pablo e Juana Manuela.

Em 1974, Pablo foi preso em decorrência do furto de um veículo. Na prisão de “La Ladera” conheceu Alberto Rieto, contrabandista de uísque, cigarros, eletrodomésticos e outros produtos que comercializava em Medellín. Alberto era chamado por Pablo de “o padrinho” e, quando saiu da prisão, passou a escoltar os caminhões carregados de contrabando do “padrinho” juntamente com o seu primo

Gustavo. Um ano depois, Pablo incorporou as drogas aos seus negócios, assim como passou a incorporar a prática de crimes dolosos contra a vida e de subornar autoridades que eventualmente se colocassem em seu caminho, nos moldes como “o padrinho” o ensinou (ESCOBAR, 2015, p. 121/122).

Foi nesta época que Pablo descobriu como produzir cocaína, a partir do processamento da pasta de coca. Conheceu o processo, visitando uma “cozinha” onde a matéria prima era misturada com substâncias químicas (éter e acetona), fervida e seca até virar o pó. De posse dessas informações e ciente de como deveria proceder, ele viajou com Gustavo até a cidade de Guayaquil, no Equador, e lá adquiriram cinco quilos de pasta de cocaína. A partir da pasta, foi produzida a droga, a qual foi comercializada por seis mil dólares. Pablo e Gustavo passam assim a se inserir no universo das drogas e deixam para trás os crimes anteriormente cometidos (ESCOBAR, 2015, p. 123).

Tudo transcorria bem, até que Pablo foi pego em uma emboscada feita pela polícia em meados de 1976. É nessa detenção que Pablo foi fotografado para fins de identificação prisional segurando uma placa com sua numeração e sorrindo. Permaneceu recluso até novembro do mesmo ano. Essa imagem supostamente teria desaparecido dos registros policiais anos depois, mas depois ela ressurgiu e atormenta a vida de Escobar (ESCOBAR, 2015, p. 128/130), pois na época dos fatos o jornal El Espectador de Bogotá noticia o fato da prisão, revelando a identidade de Pablo.

De sua saída da prisão em diante, os negócios ilícitos de Pablo prosperavam inequivocamente e sua condição financeira também. Adquiriu vários bens, mudou-se do bairro de La Paz para um dos mais sofisticados de Medellín. Comprou um helicóptero e, em 1978, adquiriu a lenda “Fazenda Nápoles”, local cercado de selva, água e montanha, três requisitos que Escobar buscava na época. Eram 1920 hectares, adquiridos por U\$ 2,35 milhões de dólares (ESCOBAR, 2015, p. 132/137).

Em 1979, Pablo teve seu primeiro envolvimento na política, assumindo uma vaga na Câmara Municipal de Evidado. Todavia, compareceu em apenas duas sessões e cedeu seu lugar para um suplente. Segundo Juan Pablo, o desejo de seu pai de tornar-se político se dá por uma vocação para ajudar os necessitados, através de ações nos bairros carentes de Medellín, distribuindo presentes, promovendo festas e campeonatos de futebol (ESCOBAR, 2015, p. 219/220).

Mesmo com seus negócios altamente lucrativos, em 1981, Pablo aceitou ser o primeiro suplente na lista de candidatos para a Câmara dos Deputados do partido Movimento de Renovação Liberal (MRL). Pablo participou ativamente da campanha, discursando nos bairros da periferia de Medellín, bem como nas cidades vizinhas (ESCOBAR, 2015, p. 222/223). Todavia, foi rechaçado pelo líder do MRL e então candidato à Presidência da Colômbia, o Sr. Luis Carlos Galán, político que ele convictamente apoiava.

Ciente dessa oposição continuou sua campanha e venceu as eleições, tomando posse em seu cargo em 20 de julho de 1982 como deputado. Pablo passou a ser fortemente atacado por seus pares, em especial, pela falta de justificativas convincentes quanto à origem de seu patrimônio. Até que, em 25 de agosto de 1983,

o jornal “El Espectador”, coloca na sua capa a imagem de Pablo sorridente em sua foto feita pela polícia quando o prendeu em 1976, mostrando assim uma explicação mais plausível para sua fortuna, qual seja: o tráfico de drogas.

As consequências experimentadas pela divulgação da foto de registro de preso por tráfico de drogas com seu sorriso com conotações de crença na impunidade, abalaram intimamente o narco. Ele nutria uma expectativa de tornar-se Presidente da Colômbia, visto o fascínio que nutriu em sua breve carreira política. Essa “lembrança” fez as expectativas e a trajetória de vida na atividade ilícita serem atreladas ao político. O sentimento de raiva e vingança fizeram com que Pablo não economizasse esforços para ver todos seus inimigos eliminados de seu caminho. Deste ponto em diante, políticos, juízes, militares e civis passaram a ser seu alvo. Enquanto esteve na política, a sua principal motivação era pressionar o governo para que não houvesse a extradição de narcotraficantes colombianos para os Estados Unidos, o que estava previsto em um tratado anteriormente firmado. Todavia, em virtude do abalo que sofreu com a divulgação de sua imagem associada ao narcotráfico, fizeram com que se afastasse da vida pública – e política – em janeiro de 1984 (ESCOBAR, 2015, p. 238/245).

### **3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: O QUE É MEMÓRIA (OU HISTÓRIA)?**

Sob o ponto de vista do tempo, acredita-se que a medida com que ele passa, a relevância dos fatos ocorridos no passado vai perdendo a importância. Assim, se pensarmos em Pablo Escobar, o que surge na memória é provavelmente seu inequívoco envolvimento com práticas ilícitas, assassinato de policiais, perseguição e morte de juízes e políticos, além do planejamento intelectual e patrocínio de atentados que vitimaram milhares de civis que em nada se relacionavam com o tráfico de drogas. São justamente essas as marcas que sua ascensão e queda deixaram na memória das pessoas.

Nas séries de tevê sobreditas e no livro escrito por seu filho, são inúmeras as menções de Pablo tramando o fim de seus opositores. O que há de igualmente comum em todas essas obras é a mensagem de que não vale a pena uma vida como a do protagonista. Na produção colombiana, a frase que é reproduzida na abertura de cada episódio é singela, mas adverte: “quem não conhece a sua história está condenado a repeti-la”, ou seja, mesmo que o tempo tenha passado, é necessário lembrar do que aconteceu e não deixar no esquecimento uma ferida que não cicatrizou.

O direito ao esquecimento traz a ideia de deixar as pessoas – e seu passado – “em paz”, garantindo-lhes o anonimato e com isso sua ressocialização. Através de precedentes históricos, há referências que em 1930, nos Estados Unidos, o direito ao esquecimento foi garantido a uma ex-prostituta que teve fatos de sua vida pregressa contados em um filme, sem a sua autorização. Seu nome verdadeiro e imagem são expostas e, na “vida nova” que levava a repercussão de ver sua imagem e nome associados à película geraram prejuízos (RIBEIRO, 2003, p. 45). A Corte

Americana lhe assegura, nos termos da legislação local, o direito à felicidade, mas não a possibilidade de reescrever aquilo que efetivamente aconteceu<sup>6</sup>.

Outro precedente histórico, em que direito ao esquecimento é garantido, ocorreu na década de 70, quando o Tribunal Constitucional Alemão, ao julgar o denominado “Caso Lebach” assegura ao recorrente o direito de ser “esquecido”. Um dos envolvidos no assassinato de soldados que estava às vésperas de ser libertado após o cumprimento de sua pena, ajuíza ação inibitória, pois tomou conhecimento de que uma rede de televisão pretendia veicular um documentário que retratava do crime ocorrido em Lebach, mostrando a sua imagem e seu nome na referida produção. A Corte entendeu que permitir a transmissão do documentário acarretaria prejuízos ao requerente o que impediria sua ressocialização. Pois traria à tona fatos que já não tinham relevância, tendo em vista o transcurso do tempo entre o acontecido e a transmissão do programa (SCHWAB, 2005, p. 486/488).

A partir desses julgados históricos, a tutela do esquecimento recebeu outras conotações, sendo aplicável inclusive para demandas envolvendo buscadores de internet e seus múltiplos resultados para as palavras e nomes que lá são inseridos. O caso que teve maior repercussão e gerou desdobramentos objetivos quanto às políticas de privacidade são de 2013/2014. Um cidadão espanhol ingressou com uma ação contra o Google Espanha, em 2013, por ter informações sobre fatos de sua vida pregressa demonstradas a partir da inserção de seus dados no site. Se insurgiu, pois aduzia não fazer sentido ser lembrado em decorrência de um edital publicado em um jornal no ano de 1998 anunciando a venda de imóvel de sua propriedade em hasta pública motivado por dívidas do requerente com o sistema de seguridade daquele país.

Em grau recursal, o feito foi julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e, em 13 de maio de 2014, manifestou-se de forma a tutelar o direito ao esquecimento na internet, pois os “dados são considerados inadequados, não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido”. Tal entendimento, fundamentado através da Diretiva 95/46, viabilizou que os cidadãos através do próprio site de busca notificassem a empresa para que efetue a retirada de informações pessoais que lhes parecesse inoportuna ou mesmo fora de propósito dos resultados de busca.

Em 2013, dois processos que versam sobre o direito ao esquecimento são julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. No Brasil, o tema do direito

---

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <[http:// https://casetext.com/case/melvin-v-reid](http://https://casetext.com/case/melvin-v-reid) > Acesso em: 30 nov. 2015. – Originalmente: “From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are \*291291 so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of "The Red Kimono", stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued”

ao esquecimento ainda tem tímida repercussão. Os acórdãos de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, têm como ponto comum a veiculação de fatos pretéritos no extinto programa “Linha Direta” que era semanalmente exibido pela Rede Globo de Televisão e os danos experimentados por aqueles que tiveram sua imagem, nome e também a lembrança de fatos até então esquecidos ou até mesmo desconhecidos dos expectadores. A proteção à privacidade, a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana são pontos igualmente abordados nas demandas em comento. Corroborando com esse entendimento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assim se manifesta sobre o direito ao esquecimento em uma de suas obras:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES, 2008, p. 374)

Como regulamentação específica, no Brasil há apenas o Enunciado nº 531, editado na VI Jornada de Direito Civil, de março de 2013, que assim prevê:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

O direito ao esquecimento pode ser compreendido como “(...) um direito à intimidade sobre fatos passados. (...)” (RIBEIRO, 2003, p.45). Assim, pode-se compreender como sendo o direito de retirar conotação pública a algo que deve ser resguardado como privado, pois diz respeito a intimidade e a individualidade da pessoa envolvida. É aquilo que temporalmente está no passado, mas que, por circunstâncias alheias ao próprio fato, faz com que o mesmo ressurgja no presente. O direito ao esquecimento também pode ser assim compreendido:

O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal – temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. (OST, 2005, p. 160/161)

Ainda como conceito, para Sebastián Zárate Rojas o direito ao esquecimento pode ser entendido “como um derecho de caducidad de información personal, por el transcurso del tiempo o por haber cesado em cumplir com su finalidad” (ROJAS, 2013, p. 2). Na doutrina brasileira há quem compreenda o direito ao esquecimento em quatro espécies, in verbis:

O primeiro consiste em notícias verídicas sobre condutas que, se na época dos fatos não eram reprováveis, assim se tornaram posteriormente. (...) O segundo tipo consiste em notícias verídicas sobre delitos provados. Aqui, não se pode deixar de ponderar que, ainda que sejam verdadeiras, podem causar problemas à reinserção do indivíduo que cometeu o delito na sociedade após o cumprimento da pena. O terceiro tipo está relacionado às notícias verídicas, porém incompletas, seja por falta de contexto, seja pela ausência de todos os dados pertinentes ao tema. Exemplo desta hipótese é a notícia sobre o indivíduo que foi réu em um processo, mas não se comenta que ele tenha sido ao final absolvido. Por fim, o quarto tipo diz respeito à notícia falsa, que não chegou a ser corrigida no tempo em que foi publicada, e propaga-se com seu conteúdo danoso. (FLORÊNCIO, 2011, 215/216)

A partir do acima exposto, pode-se compreender o esquecimento não como um novo direito, mas como um direito geral de igualdade, em que a tônica é dada ao peso de uma proteção à vida privada. Na análise dos precedentes nacionais e internacionais brevemente colacionados, denota-se a prevalência entre tutelar os interesses individuais, garantindo-se a pessoa a privacidade que almeja em detrimento a sua publicização descontextualizada e sem propósitos de historicidade, por exemplo. Todavia, esse raciocínio não é o que prevalece quando se está à frente de um fato, uma pessoa ou uma circunstância que têm relevância histórica, social ou cultural. Nessas hipóteses, caberia uma relativização do direito de ser deixado em paz? Para Gustavo Carvalho Chehab:

Como regra, o interesse histórico prepondera sobre o esquecimento. Há, nesse caso, um interesse público mais relevante do que o direito individual ao esquecimento. A sociedade tem o direito (e, porque não, o dever) em preservar sua história. A História auxilia a humanidade a compreender seus erros, superá-los e não os repetir. Ela é a lupa que nos faz descobrir quem somos, de onde viemos e para onde vamos. É o elo indissolúvel que liga passado, presente e futuro. (CHEHAB, 2015, p. 95/96)

Nessa perspectiva, a história de Pablo Escobar, a partir do momento em que se torna o líder do cartel de drogas de Medellín, amealhando fortuna e inúmeras vítimas de seus ataques, não é passível de esquecimento, pois como contar a história desse protagonista sem citá-lo? Essa é uma das hipóteses em que não caberia invocar o direito ao esquecimento. Não mostrar a imagem e o seu nome real poderia ensejar uma interpretação equivocada da sua existência. Todavia, aqueles que o cercaram, como seus filhos, por exemplo, não teriam motivos para terem suas vidas, imagem e identidade expostas e violadas de forma a invadir a seara da privacidade

que lhes é outorgada, pois não é a história deles que efetivamente interessa e que merece ser publicizada.

Ao longo da entrevista realizada, o filho de Pablo, Sebastián Marroquin, menciona que a história de seu pai não pode ser esquecida, mas afirma que ela deve ser abordada de forma responsável e sem apologias ao crime ou a trajetória de Escobar. Para ele, caso uma história como a de seu pai seja relegada ao esquecimento, estar-se-ia correndo o risco de que outras pessoas seguissem a mesma trilha e fossem vítimas da mesma armadilha que Pablo<sup>7</sup>.

Na obra de François Ost (2005, pág. 160), a compreensão do esquecimento passa pela análise de que “temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído”. A partir dessa afirmação, tanto no livro de autoria de Sebastián bem como pelas respostas obtidas ao longo da pesquisa empírica, percebe-se a dificuldade que sua família enfrentou em ver suas vidas retratadas em séries de televisão. Ao longo dessas, alega que nunca houve a preocupação em ouvir aqueles que conviveram inequivocamente com Pablo Escobar, que sabiam como as coisas funcionavam naquele núcleo familiar, ou ainda como efetivamente funcionava a organização criminosa que comandava, ou mesmo sobre aspectos da personalidade e e da convivência com o narcotraficante.

Chama a atenção que, em ambas as produções, seus roteiristas alteraram os nomes de quase todas as pessoas que são retratadas junto de Pablo, sejam elas familiares, sócios ou membros da polícia e da política. As exceções são apenas as vítimas de ataques orquestrados por Escobar, que foram assassinadas por seus capangas e que eram personalidades conhecidas do povo colombiano. Essa troca de nomes, buscou garantir a essas pessoas e seus familiares, no caso dos falecidos, a privacidade e o anonimato, todavia nem sempre uma medida como essa atinge o seu objetivo. Para Sebastián, apesar da alteração de nomes, o direito ao esquecimento não é respeitado, especialmente porque ele entende que as séries de televisão estão mentindo sobre a vida daqueles que estão representando. Na sua interpretação, tal fato agrava o sentimento/desejo de proteção aos direitos da personalidade dos envolvidos<sup>8</sup>.

A partir da análise de público e privado exposta por Hanna Arendt, em seu livro “A condição humana”, compreende-se que a separação do que é público e do que é privado é uma referência primitiva, oriunda do pensamento grego, aliada a ideia de que os homens se submetem a duas ordens de existência, uma atrelada aquilo que lhe é próprio e outra daquilo que é comum (ARENDR, 2000). Diante dessa

---

7 Originalmente: 1) ¿Crees que la trayectoria de su padre se debe olvidar? Creo que su historia se debe contar con responsabilidad sin hacer apología. Olvidarla sería un riesgo y favorecería que otros caigan en esa tentadora trampa. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

8 Originalmente: 4) ¿Considera que la serie que representa la vida / historia de su padre, no revelan los nombres reales de los miembros de la familia y colaboradores, conserva los derechos de la personalidad y, en particular, ha permitido el 'derecho al olvido'? Todo lo contrario. No respetan ese derecho ni se molestaron en preguntar. Nos representan actores que mienten sobre nuestras vidas, lo que se convierte en un agravante. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

interpretação, pensar nos direitos da personalidade daqueles que relacionam-se com personagens de relevância histórica, portanto, de natureza pública, é reconhecer que suas vidas estão compreendidas naquilo que lhes é próprio, merecendo assim, proteção da sua privacidade.

Assim, na sua forma mais ampla, o direito à vida privada, na origem caracterizar-se-ia como um direito de 'estar só', de não ser incomodado por quem quer que seja, tanto em relação às coisas concernentes à intimidade do indivíduo como àquelas relacionadas ao que não seria interesse público. (CACHAPUZ, 2006, pág. 77 - 78).

De algumas formas, os familiares de Escobar buscaram o direito ao esquecimento. Trocaram de nome e de país, vivendo atualmente na Argentina. Todavia, Sebastián refere que mesmo sua irmã mantendo uma vida extremamente discreta, não constando informações a seu respeito na internet, a busca por informações a seu respeito é uma das mais realizadas nos sites especializados, como Google, por exemplo, superando aquelas que buscam dados e referências sobre o próprio Pablo Escobar. Refere que a postura de Manuela deve ser respeitada, porém esse modo de agir não afasta o interesse das pessoas a seu respeito<sup>9</sup>.

A partir da análise e da conceituação do que é privacidade, chega-se a definição de que é a "identificação de uma situação de violação à vida privada, porque atinge o indivíduo na liberdade subjetiva de manter-se reservado, ou seja, de 'estar só' com suas ações" (CACHAPUZ, 2006, p. 132/133). Sob a ótica das tutelas do esquecimento e da privacidade, percebe-se uma infração objetiva aos direitos da personalidade, haja vista que será individualizado em cada sentir, essa repercussão. Nesse ponto, esclarece a autora:

Impõe-se, portanto, um exame específico de construção de esferas ao público e ao privado, na busca de estabelecer um espaço próprio ao reconhecimento de uma tutela à intimidade e à vida privada. Ou seja, identificar um efetivo direito de proteção à privacidade, a partir do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do indivíduo a essa tutela, sem prejuízo à identificação paralela de outras liberdades e posições jurídicas que concorram em mesma importância no cenário jurídico. (CACHAPUZ, 2006, pág. 98).

Também se faz necessária a análise das limitações à liberdade de informação, bem como dos direitos da personalidade, pois ambos se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana, que está assegurada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na lição do jurista Ingo W. Sarlet:

---

9 Originalmente: ) Acerca de su hermana, ella mantiene un perfil bajo y muy poco se sabe sobre él , creo que se podría lograr el derecho al olvido ? El bajo perfil genera un efecto contrario. Estadísticamente su nombre es más buscado que el de mi padre en Internet. Pero es un derecho que hay que respetar. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

Embora não exista, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (bastaria recordar que a inserção da dignidade no direito constitucional positivo é fenômeno bem mais recente, em contraste com o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais), na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável- embora não exclusiva!- vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos. (SARLET, 2011, p. 561/562)

Nesse diapasão é válido pensar no direito ao esquecimento e na possibilidade das pessoas escolherem o que terá caráter público e o que será privado, garantindo-lhes a possibilidade de não serem expostos contra a sua vontade e sem a sua autorização. Para Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 05)

Todavia, mesmo percebendo que a tutela do direito ao esquecimento é afeta às proteções de direitos fundamentais, compreendidas através de intimidade e da privacidade dos indivíduos, diante de fatos com carga histórica ainda remanesce grande dificuldade em efetivar tal proteção.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa empírica que baseou esse texto, bem como através das séries que buscaram contar a trajetória de Pablo Escobar, com enfoque de suas relações e ações que tornaram-se mundialmente conhecidas, portanto, públicas e, também através de retratos de sua vida privada, o sentimento não é de proteção à intimidade de seus familiares. Em que pese tenha ocorrido a alteração de nomes e de características básicas de alguns dos personagens retratados nas produções, há uma inequívoca violação aos direitos de personalidade e intimidade.

Sob a análise das respostas fornecidas pelo filho de Pablo Escobar, Sebastián Marroquin, há um sentimento de impotência quando vê a sua vida e de sua família sendo retratada em desacordo com a realidade. Para ele, suas memórias de vivências reais não foram valoradas, o que acarreta uma distorção sem precedentes daquilo que ele viveu e que não se relaciona com a realidade da tela.

Nesse mesmo sentido, invocar o direito ao esquecimento pode não ser o melhor antídoto contra as veiculações indevidas, inoportunas ou extemporâneas de fatos pregressos. Mesmo sendo uma das tutelas possíveis de ser aplicada ao caso

concreto, quando se está diante de fatos ou personagens de relevância histórica, sua aplicação é relativizada. No caso de Pablo Escobar, sua vida desperta interesse em virtude de seu peculiar modo de viver, quer seja por suas excentricidades, seus crimes e condutas antijurídicas, sua ascensão, fortuna e queda, ou nas palavras de Sebástian “para que não seja feita apologia”.

Diante da relevância do tema, é equivocada a interpretação do direito ao esquecimento como sendo uma ferramenta para excluir dados/informações da mídia, seja ela digital ou impressa, por exemplo. O desejo de esquecer ou de guardar na memória aquele fato que interessa a um pequeno número de pessoas, restritas a intimidade e a privacidade de cada um dos envolvidos, denota uma relevante tutela à preservação de sua imagem e identidade. A história de cada um e a memória que delas é perpetrada outorga a seu titular a possibilidade de preservar a sua própria história e origens, perdendo e aceitando “sozinho”, sem interferências estranhas a seus próprios sentimentos. No momento atual, o excesso de informações, referências e disponibilidade de acessos acaba gerando uma ideia falsa de liberdade, mas na realidade o que se tem é um controle das referências e percepções.

No livro de Sebástian, há um relato de amor ao seu pai, mesmo que ao longo do livro ele critique e desmistifique qualquer conotação “heroica” que o pai tem para o seu filho. No caso em comento, suas memórias e sua história são contadas através de reproduções de fotos e cartas que recebia do seu pai durante sua infância e adolescência. Mesmo em períodos de exílio, fuga ou recluso, Pablo escrevia ao filho, dando-lhe conselhos ou presenteando-o de forma nada convencional.

Nas séries, a vida em família de Escobar é retratada de forma secundária, pois em ambas as produções o enfoque foi de mostrar o *modus operandi* de Escobar como o chefe do Cartel de Medellín, aquele que era capaz de desafiar as leis e os Poderes do Estado, matando seus oponentes, promovendo invasões e sequestros por motivações particulares, como a de não ser deportado para os Estados Unidos em virtude do tráfico de drogas. Após mais de vinte anos da morte de Pablo, o tempo parece não retirar sua trajetória da memória das pessoas. O que faz parte desse passado ainda repercute no presente e é o elo que liga o futuro, pois é necessário conhecer o que ele foi capaz de fazer em uma nação inteira, com repercussões em outros países também, para que suas desventuras desestimulem aqueles que possam vir a idolatrar esse comportamento transgressor e inconsequente. Como um dos integrantes que também fez parte de sua história, a lição que ficou com Sebástian é uma mensagem de paz às pessoas, visto que em todas suas entrevistas, comunicações por e-mail e em seu livro, há menção quanto a importância de conhecer a história para que não tenham novas vítimas.

## REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 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: 20 maio. 2016.

\_\_\_\_\_. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 21 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 20 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 20 maio 2016.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação**. Revista dos Tribunais. Ano 104, vol. 952. Fevereiro, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<http://https://casetext.com/case/melvin-v-reid> > Acesso em: 28 de junho 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais e direito privado**. “In”: CAMARGO, Mônica Ovinski; CUSTÓDIO, André Viana; Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares. Curitiba: Multidéia, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSA, Ana Flávia. THEOPHILO NETO, Núncio. THEOPHILO JÚNIOR, Roque. **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital – Estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar Neto.** In, Direito ao Esquecimento na internet. FLORENCIO, Juliana Abrusio. São Paulo: Saraiva, 2011.

OST, François. **O tempo do direito**; tradução: Élcio Fernandes. Bauru. São Paulo: Edusc, 2005.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Proteção da Privacidade.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROJAS, Sebastián Zárate. **La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa.** Nueva Época, n. 13, mar-mai., 2013. Disponível em <http://www.derecom.com/numeros/pdf/zarate.pdf>. Acesso em 26 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org). **Direitos, deveres e garantias fundamentais.** Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução de Beatriz Hening. et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

Tribunal de Justiça da União Europeia.  
<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>, acesso em 21 maio 2016.

UOL. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>, acesso em 21 maio 2016.

**ABSTRACT:** Through empirical research and literature review , this article seek to evaluate the applicability of the right to be forgotten in Pablo Escobar´s life and his family. Thus, the passage of time and the need to keep this memory of its existence and its history have been recently renovated by two television series that portrayed the life of this dealer. Throughout the text, it discusses further the extent of the need of remembering and forgetting historical circumstances relevant to the public interest. According to Sebastian Marroquin (originally named as Juan Pablo Escobar, Pablo 's son) , it became necessary for the social life of permanence of the family , change of name, residence and other factual situations to preserve private and public spheres relationship.

**KEYWORDS:** Right to be forgotten; private relations; Personality Rights ; Disclosure of private information.

## **CAPÍTULO VIII**

### **CIDADANIA: O DIREITO NEGADO ÀS MULHERES**

---

Naiara Coelho

## CIDADANIA: O DIREITO NEGADO ÀS MULHERES

**Naiara Coelho**

Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito

Niterói - Rio de Janeiro

**RESUMO:** O presente trabalho procura expor questões práticas e teóricas da condição de cidadã das mulheres, em especial, as brasileiras. Para atingir esse objetivo, o estudo contém três momentos. O primeiro consiste em analisar os diversos conceitos de cidadania e a evolução deste termo. O segundo, por sua vez, parte da importância de se entender a categoria gênero para a discussão de direitos inerentes a toda pessoa cidadã. Para então trazer dados práticos e oficiais que revelam a condição da mulher brasileira. O estudo em questão utilizou o método dedutivo e indutivo, por meio de revisões bibliográficas, artigos científicos, pesquisas em sites de organizações relacionadas aos direitos e situação da mulher.

**PALAVRAS CHAVE:** Exercício de direitos. Feminismo. Participação.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito de cidadania é tema cada vez mais frequente em nossa sociedade, contudo pouco se fala de um grupo específico que tem esses direitos limitados: as mulheres. Mesmo diante da Constituição Federal de 1988, que foi inclusive apelidada de constituição cidadã, por prever direitos universais e indiscriminados, na prática, a mudança que se esperava acontece de forma bastante lenta.

Em face da complexidade e da extensão que enredam o tema, o presente estudo versará sobre a nova concepção do direito de cidadania e apresentar dados atuais da condição da mulher brasileira em relação ao exercício de direitos decorrentes desse novo conceito de cidadania.

Nessa perspectiva, inicia-se versando sobre o conceito restrito e mais popularmente conhecido de cidadania, discorrendo brevemente sobre a sua origem e seus diferentes entendimentos durante a história da civilização brasileira, bem como a mudança da percepção jurídica a carma do mesmo direito, até o atual panorama.

De posse de embasamentos históricos e jurídicos, dedica-se o tópico seguinte ao exame da categoria gênero, por um prisma sociológico que demonstra a diferente situação das mulheres e homens dentro do sistema patriarcal. Neste, realiza-se um sucinto estudo sobre a terminologia gênero e o reflexo desse entendimento para compreender as diferentes necessidades e posicionamentos de cada um(a) cidadã(o), sem a pretensão de esgotar o assunto, visto não ser o objetivo do presente trabalho.

Na sequência dedica-se à apresentação de dados oficiais que demonstram a

distinta e precária situação das mulheres brasileiras, em comparação com a população geral e, principalmente, com a população masculina. Para tal escopo, exibiu-se os números colhidos por órgão oficiais brasileiros referentes à gênero e a mulher.

Após essa apresentação, dedica-se a análise dos dados expostos contrapondo-os aos conceitos de cidadania anteriormente apresentados e por fim, sob o prisma feminista de uma população que vive em um regime patriarcal.

No desenvolver da pesquisa, utiliza-se primeiramente os termos apenas com a escrita em termos masculinos, tendo em vista que se afirma que o cidadão é masculino, para, após a análise de gênero e compreensão do sistema patriarcal, utilizar a linguagem não sexista, por meio da inclusão das letras e palavras que identifiquem ambos os gêneros.

Encerra-se o trabalho, apresentando as reflexões extraídas do estudo.

## **2. CIDADANIA – QUEM É O CIDADÃO BRASILEIRO**

Desde o início da colonização brasileira buscou-se dividir a sociedade em pessoas dignas de direitos e pessoas não dignas de direitos. Essa segregação além de demonstrar qual o grupo predominante na sociedade, também era propositalmente escolhida para manter este mesmo grupo no poder.

Esse fato fez com que cada momento histórico tivesse um grupo específico como portadores de direitos, ou pelo menos, de mais direitos do que outros. E, apesar da renovação destes grupos, não se pode dizer até hoje que essa garantia é hegemônica ou dada a maioria. O direito à cidadania é um direito de poucos, exercidos por um grupo pequeno e acessível à um grupo ainda menor.

Conforme o dicionário Houaiss cidadania significa “Exercício dos direitos e deveres inerentes às responsabilidades de um cidadão” e Cidadão significa:

Indivíduo que, por ser membro de um Estado, tem seus direitos civis e políticos garantidos, tendo que respeitar os deveres que lhe são conferidos. Pessoa que habita uma cidade. [Por Extensão] Sujeito; qualquer pessoa: quem é esse cidadão?.(HOUAISS, 2016, s.p.)

Percebendo a estreita ligação entre cidadania – cidadão e Estado, analisemos agora alguns dos conceitos aceitos juridicamente como corretos ao apontar esses termos.

### **2.2 Cidadania conforme conceitos jurídicos**

A atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, é popularmente denominada como “Constituição-cidadã” por, durante a sua elaboração, ter ouvido diversos grupos sociais e, de forma democrática tentar atender aos anseios de todos eles. A ideia da nova constituição era modificar a situação histórico-política de maior

repressão no país: a ditadura militar, tornando os direitos expressos e direcionados à todos.

A cidadania aparece na Constituição brasileira, em seu artigo primeiro como um de seus fundamentos. E, logo pós, no artigo 14, prevê os direitos políticos e o sufrágio universal, o que também é conhecido vulgarmente como sinônimo de cidadania.

Mas, como mencionado, nem sempre foi este o critério. Em seus ensinamentos, Dallari apresenta os diversos requisitos adotados para a cidadania brasileira:

Vários foram os critérios utilizados através dos tempos para a escolha de governantes, desde o critério da força física, usado nas sociedades primitivas, até outros critérios, como o de sorteio, o de sucessão hereditária e, finalmente, o de eleição, que é o característico do estado Democrático. (DALLARI, 2013, p. 183)

Isso porque, entendendo que todos possuem o direito de voto, de votar e ser votado, teriam então a sua cidadania exercitada. Contudo, mesmo com essa nova forma de pensamento, a Carta Magna elenca um rol de cidadãos que não possuem obrigatoriedade de votar, ou então são impedidos de exercer esses direitos. É facultativo o voto para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e, são impedidos de votar, os menores de 16 anos e os presos por condenação transitada em julgado (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Analisando a substancialidade do voto para o exercício da cidadania, Dallari também não deixa de reconhecer que a via eleitoral tem sua importância, mas não é única, assim destaca:

Por mais imperfeito que seja o sistema eleitoral, a escolha por eleição é a que mais se aproxima da expressão direta da vontade popular, além do que é sempre mais justo que os próprios governados escolham livremente os que irão governá-los. (DALLARI, 2013, p. 183)

Sendo assim, apesar de a característica do direito de voto ser de grande importância para o exercício da cidadania, não podemos estar a este ponto restritas, isso porque a mera possibilidade de eleição não é capaz de mensurar os demais direitos decorrentes da cidadania.

Nesse sentido, Kildare Gonçalves Carvalho Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e ex-presidente do Tribunal Regional Eleitoral daquele estado, ao examinar a concepção atual de cidadania conclui que:

A Constituição considera, desta forma, o estágio atual de evolução da vida dos povos, para admitir que a ideia de cidadania não se acha restrita ao cidadão eleitor, mas se projeta em vários instrumentos jurídicopolítico imprescindíveis para viabilizá-la. Cidadania significa, nessa perspectiva, participação no Estado Democrático de Direito. (KILDARE, 2006, p. 462)

Além, de Kildare, outros autores ressaltam a importância de se considerar a cidadania como um direito que está para além da data das eleições, que reflete em ações cotidianas e que são, de fato, fundamento da sociedade brasileira. Para Marshall em uma avaliação clássica a cidadania é “um sentido direto de inclusão numa comunidade, baseado na lealdade a uma civilização que é propriedade comum” (MARSHALL, 1967, p. 107).

Dessa forma, o conceito original de cidadania, como cidade e indivíduo de determinada classe, morador das antigas polis gregas não cabe mais nas concepções contemporâneas (BARACHO, 1994, p.1). Hoje, fala-se em cidadania ativa e de um cidadão que não limita sua ação política a anos eleitorais.

Trazendo essa nova forma de pensar a participação e exercício dos direitos políticos, Bonavides explana sua concepção:

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático. (BONAVIDES, 2009, p.7)

Sendo assim, mais uma vez temos uma nova perspectiva de direitos e de quem os exerce. A história brasileira contemporânea a Constituição de 1988 tem como lema a concepção de cidadania ativa plena, como se todas as garantias a ela inerentes fossem de total e completo exercício pela sociedade, ou, ao menos, que todos os segmentos, sociedade, família e instituições, lutassem para que assim fosse.

Podemos assim, por meio dos estudos de Bobbio assegurar que a cidadania é o desafio de nosso tempo, é uma luta diária, em que hoje não basta apenas elencar e fundamentar direitos, é preciso efetivá-los (BOBBIO, 1999, s.p.). Diante da nova concepção do direito de cidadania, o capítulo seguinte se prestará a mostrar quem são os cidadãos que exercem esse direito.

### **3. GÊNERO – A IMPORTÂNCIA DO PAPEIS SOCIAIS IMPOSTOS PARA A GARANTIA DE DIREITOS IGUAIS A PESSOAS DE GÊNEROS DIFERENTES**

Entendendo os novos conceitos de cidadania, importante ressaltar agora que o exercício desse direito não é igualitário. Para cada cidadão há um efeito e uma determinada abrangência do que este conceito, como direito inerente traz. Essa distinção entre os indivíduos que acessam/não acessam exercem/não exercem esse direito, se dá por diversas questões, que podemos resumir pelas categorias estruturantes da sociedade: gênero, raça/etnia e classe.

Diz-se “categorias estruturantes da sociedade”, pois entende-se que é a partir delas e com base nas características de cada que a sociedade se organiza, desenvolve e se mantém. Para a análise que se pretende neste estudo, utilizaremos com maior veemência a categoria gênero, o que torna necessário a explicação do conceito.

A partir dos ensinamentos de Louro, a primeira observação essencial a se fazer é a distinção entre gênero e sexo. Conforme a autora os termos são bastantes distantes, uma vez que um tem viés biológico e o outro, viés social. Portanto, para entender o que é gênero, faz-se necessário destacar que não há intenção de que gênero seja o mesmo que sexo, posto que a diferenciação é inclusive importante (LOURO, 1996, p. 9).

Nesse sentido a autora mencionada apresenta também, que o entendimento que se tem de gênero é dinâmico e variável, acerca dessa questão Louro afirma:

Entendendo gênero fundamentalmente como uma construção social – e, portanto, histórica -, teríamos de supor que esse conceito é plural, ou seja, haveria conceitos de feminino e de masculino, social e historicamente diversos. A ideia de pluralidade implicaria admitir não apenas que sociedades diferentes teriam diferentes concepções de homem e mulher, como também que no interior de uma sociedade tais concepções seriam diversificadas, conforme a classe, a religião, a raça, idade, etc.; além disso, implicaria admitir que os conceitos de masculino e feminino se transformam ao longo do tempo. Assim, o conceito buscava se contrapor a todos (as) que apoiavam suas análises em argumentos essencialistas, ou seja, apontava não para uma essência feminino ou masculina (natural, universal ou imutável), mas para processos de construção ou formação, histórica, linguística e socialmente determinados (e, então, múltiplos). (LOURO, 1996, p.10)

A análise de Louro sobre o tema é relevante ao estudo, porque pretende evitar as padronizações e o engessamento da ideia de gênero. A autora demonstra que, por ser construção social, a representação do que é gênero dependerá da sociedade que se analisa e do tempo histórico a que pertence, fazendo com que o conceito seja sempre atual e de necessária readequação, o que lhe torna aberto, justamente para ser sempre inclusivo e não essencialista.

Outra pensadora feminista que merece destaque nesta discussão é Saffioti, a socióloga brasileira, ao abordar a categoria gênero por uma análise histórica do uso do termo, explica o poder da representatividade do termo e, principalmente, porque este é o termo adequado, e não mais a denominação “categoria de sexo” utilizada anteriormente. Nesta acepção a Saffioti desenvolve:

o conceito de gênero pode representar uma categoria social, histórica, se tomado em sua dimensão meramente descritiva, ainda que seja preferível voltar à velha expressão categoria de sexo (SAFFIOTI, 1969a, 1977). Uma das razões, porém, do recurso ao termo gênero foi, sem dúvida, a recusa do essencialismo biológico, a repulsa pela imutabilidade implícita em “a anatomia é o destino”, assunto candente naquele momento histórico. (SAFFIOTI, 2004, p.110)

Saffioti no trecho apresentado, ressalta um novo ponto de necessária observação:

o essencialismo biológico. Para esta via de análise, as diferenciações de gênero são determinadas apenas pelo sexo, ou seja, pelo órgão genital com que nascemos e a distinção entre os órgãos genitais (vulva e pênis), explicam as demais questões que entornam o tema. Essa perspectiva tem como verdade adotar e naturalizar que os indivíduos se dividem em macho e fêmea, que assim nascem determinados, e assim devem permanecer (SAFFIOTI, 2004, p.110).

O essencialismo biológico, contudo, ao generalizar todas as questões pertinente aos diferentes indivíduos da sociedade, deixa de neles reconhecer a impressão marcada pela sociedade em que se vive. Sendo assim, não podemos admitir essa concepção excludente e descontextualizada que é o essencialismo biológico.

O termo “destino” utilizado pela autora, também reflete um distanciamento entre a vivência social e as mudanças históricas dos indivíduos, fazendo acreditar que estamos predestinadas a determinado sexo e nenhuma questão social nos influiria. Louro, ao discutir o tema, ressalta que todo o nosso meio está direcionado ou direciona a um gênero, nesta perspectiva conclui:

Acredito que cabe ainda, aqui, uma outra problematização. Muito frequentemente toma-se gênero num sentido restrito, ou seja, como uma aprendizagem de ‘papéis’ masculinos ou femininos (concepção que parece se ligar a um paradigma de identidade de gênero). [...] Podemos, no entanto, pensar que o gênero (assim como a classe ou a raça) é mais do que uma identidade aprendida (é mais do que uma aprendizagem de papéis), sendo constituído e instituído pelas múltiplas instâncias e relações sociais, pelas instituições, símbolos, formas de organização social, discursos e doutrinas. Pensando assim, devemos entender que essas diversas instâncias sociais são instituídas pelos gêneros e também os instituem; elas são ‘generificadas’ (LOURO, 1996. P. 11/12).

Por isso além, de entender o gênero como uma categoria de construção social, observamos que a diferenciação entre os gêneros causa também uma desigualdade entre o que se entende por gênero feminino e por masculino. Mais especificamente, quanto ao direito de cidadania, é possível observar o quando as categorias de estruturação social foram importantes para determinar qual o gênero com direitos e qual o gênero depreciado. Para Saraceno:

a ‘desigualdade’ de gênero em relação aos direitos de cidadania é radicalmente diversa, pela origem e modo de construção, da desigualdade de classe, em relação à qual os direitos sociais foram originalmente desenvolvidos e teorizados, sobretudo por T. H. Marshall, como necessários para um pleno acesso à cidadania (SARACENO, 1995, p.2).

Portanto, certas de que gênero e sexo não se confundem e de que gênero é construção social, devemos então observar o fenômeno social que acompanha o correr da história da civilização humano: o patriarcado.

O patriarcado tem como principal característica a superioridade masculina em troca da inferioridade feminina. Este é o sistema pelo qual os homens se organizam para, segundo Saffioti, dominar/explorar mulheres, por questão que lhe interessem, e somente por esses indivíduos serem mulheres. A pensadora Heleieth Saffioti, em uma de suas obras, utiliza-se dos ensinamentos de Hartmann para apresentar seu conceito de patriarcado. Segundo a autora:

para Hartmann (1979), define-se patriarcado como um pacto masculino para garantir a opressão de mulheres. As relações hierárquicas entre os homens, assim como a solidariedade entre eles existente, capacitam a categoria constituída por homens a estabelecer e a manter o controle sobre as mulheres. Seguramente, este regime ancora-se em uma maneira de os homens assegurarem, para si mesmos e para seus dependentes, os meios necessários à produção diária e à reprodução da vida. [...] Neste regime, as mulheres são objetos da satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também como grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores. Esta soma/mescla de dominação e exploração é aqui entendida como opressão (SAFFIOTI, 2004, p. 104/105).

Esse regime social, ainda conforma a autora, é formador de homens que se consideram superiores e mulheres que acreditam que merecem ser inferiorizadas, e assim ele se mantém inclusive em grupos formados exclusivamente por mulheres e também em grupos onde o patriarca não esteja pessoalmente presente (SAFFIOTI, 2004, p. 104/105).

As consequências de se viver em uma sociedade com essas características são, sem qualquer dúvida, uma enorme crueldade com as mulheres. Elas, para poderem conviver com o mínimo de dignidade, passam a precisar lutar por direitos básicos, reconhecidos em/para um homem desde o seu nascimento, simplesmente pelo fato de ele ser, um indivíduo macho.

Saraceno, escritora italiana feminista e professora de sociologia da família, para explicar o patriarcado, nos traz a dinâmica da relação familiar e a precarização da mulher dentro dessa instituição como uma forma natural de se viver. Conforme a autora as dependências da mulher em relação ao homem no patriarcado são muitas, e repercuti em seu direito à cidadania. Para Saraceno:

A dependência econômica das mulheres que se dedicam exclusivamente ou prioritariamente à família, aliada à dependência dos familiares a sua disponibilidade de tempo, reduz também toda uma série de direitos que normalmente vêm incluídos nos direitos de cidadania: onde morar, como empregar o próprio tempo e assim por diante. Portanto, por motivos em parte análogos e em parte diversos daquilo que acontece com esposas que trabalham fora, reduz de fato o alcance de sua própria cidadania política, na medida em que esta não se esgota no direito de voto, mas

requer capacidade e disponibilidade para o engajamento e participação. (SARACENO, 1995, p.218/219)

No mesmo sentido, Lavinias traz a relação entre a hiperresponsabilização das mulheres por afazeres domésticos e familiares e o impedimento delas em exercer seus direitos mais básicos. Conforme Lavinias:

‘no Estado patriarcal do bem estar, demandar reconhecimento e apoio para as responsabilidades que cabe às mulheres é condená-las a não ter uma cidadania plena e a continuar sendo incorporadas à vida pública como ‘mulheres’, isto é, como membros de outra esfera que não podem, por isso mesmo, ganhar o respeito de seus concidadãos (homens) – (1989:197).’ (LAVINAS, 1997, p.178).

Percebe-se a partir desses excertos que é unanimidade entre as feministas que o patriarcado é o regime pelo qual, além de subordinada, a mulher tem seus direitos suprimidos pela ação do homem e da sociedade que a vê e coloca em um lugar distinto de onde os homens estão, os locais mais precários, afastados e de pouca visibilidade. A mulher pertence ao privado, enquanto ao homem cabem os espaços e a vida pública.

A partir desta análise verifica-se por quantas barreiras visíveis e invisíveis é preciso que a mulher passe para que exerça seus direitos. A colocação da mulher na posição de cuidadora, faxineira, cozinheira, educadora, psicóloga e companheira sexual, faz com que sua carga de tarefas diárias seja tão extensa, que não haja, dentro das vinte e quatro horas do dia, um espaço para si e seus próprios direitos.

Entendendo o contexto da mulher e a as situações e limitações que permeiam sua vida, a partir desse momento, analisamos a cidadã brasileira.

#### **4. A CONDIÇÃO DA MULHER: O QUE É SER MULHER NO BRASIL**

Os últimos anos da história brasileira nos fazem perceber que há uma mudança do que se entende da mulher brasileira. Agora, apesar da continuidade do paradigma de hiperssexualização, outras questões, que não apenas a beleza, da mulher estão sendo observados.

No que tange ao sentido restrito de cidadania, podemos considerar como fato histórico a eleição – e posterior reeleição – da primeira presidenta do Brasil, em 2010 e 2014. Isso porque, a participação da mulher na política brasileira iniciou de maneira formal apenas em 1927 com Celina Guimarães, a primeira eleitora do Brasil, seguida de Carlota Pereira Queiroz, primeira deputada eleita em 1934, Iolanda Fleming, primeira governadora de estado em 1986 e a Bancada do batom, representada na constituinte de 1988 (SPM, s.d.).

Entretanto, de forma alguma podemos dizer que essas foram mudanças espontâneas ou naturais. Todos esses lugares conquistados por e para mulheres nasceu de grandes lutas e enfrentamentos. No que tange a mencionada participação

eleitoral, em 1995 foi promulgada uma lei que definia a obrigatoriedade de, pelo menos, 30% de representação feminina em todos os partidos brasileiros, prevendo inclusive sanção para aqueles que a descumprissem.

A lei de nº 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos, apesar de vigente não foi capaz de trazer a mudança esperada pelas feministas que se empenharam para que ela existisse. Conforme o Brasil Escola, mesmo após a lei, a participação das mulheres na Câmara dos Deputados é de 9%, no Senado de 10% do total (BRASIL ESCOLA, s.d.) e, nas últimas eleições as mulheres apenas aproximadamente 10% dos cargos eletivos gerais (SENADO, 2016).

Em níveis internacionais, o Brasil é o país da América Latina como menor número de mulheres no poder (SPM, s.d.), e no ranking mundial, ocupa a 158ª entre 188 países pesquisados (SENADO, 2016). O que é extremamente preocupante, considerando que a população brasileira é formada por 51,4% de brasileiras e que nas eleições de 2014 elas representaram 77.459.424 eleitoras diante de 68.247.598 eleitores do sexo masculino (BRASIL, s.d.). Apesar de ainda apresentarem um nível abaixo do que se entende por igualdade de gênero, esses números que se elevaram a cada ano representam um avanço e conscientização em busca do ideal. Sobre essas mudanças Lavinias afirma:

É essa ação política que os movimentos organizados de mulheres e o movimento feministas têm procurado exercer sobre a cidade nos últimos anos, através da compreensão de que ela[cidade] é, como bem disse Calió (1992), uma espécie de lar expandido. Nessa ação, as mulheres fazem suas reivindicações colocadas pela luta urbana, como moradia, qualidade de vida, serviços básicos (LAVINAS, 1997, p. 173).

Os alarmantes e desproporcionais dados que mostram o número de cidadãs brasileiras e de sua representação política são, sem qualquer dúvida, reflexo da sociedade patriarcal que impõe outros afazeres à mulher e a desencoraja a exercer esse tipo de atuação.

Não bastasse a maternidade, que exige exclusivamente da mulher pelo menos um ano – entre os 9 meses de gravidez e os três primeiros meses de vida do bebê, uma sobrecarga de atividades, as tarefas diárias de cuidado e afazeres domésticos também explicam porque os homens conseguem essa participação e as mulheres não. Saraceno assim observa:

Estando mais tempo ocupadas no trabalho, remunerado ou não, em relação aos maridos, elas têm menos tempo para si – como já sublinhavam anos atrás Laura Balbo e Renate Siebert – não só para o descanso, mas também para a formação para as atividades lúdicas e para a participação política. A área de seus “direitos” individuais e de cidadãs é, portanto, restrita em relação as mulheres, sem responsabilidades familiares, mas sobretudo em relação aos homens, solteiros ou casados. Essa divisão/distinção dos investimentos dos dois sexos no casamento e na divisão do trabalho, que é seu corolário, tem efeitos não apenas sobre a participação diferente no mercado de trabalho e, portanto, sobre o acesso diferente a uma renda própria e às formas de previdência social que lhes

A partir do contexto apresentado e considerando que a ideia que se pretende com essa pesquisa não é de cidadania apenas como direito eleitoral, tem-se que a cidadania ativa representa muito mais do que os anos políticos e o exercício de apenas um dos direitos que nisto se insere, como acesso à educação, saúde, justiça e trabalho dignos. Por esse motivo, a partir de agora o trabalho se prestará a apresentação de dados oficiais que traduzem a condição da mulher brasileira.

Quanto à educação, conforme o Sistema Nacional de Informações de Gênero (SNIG), que faz parte do Programa de Estatísticas de Gênero no IBGE, em 2010, das 59.565.188 pessoas que frequentam escolas/creches, apenas 30.232.801 são mulheres. 5,8 das mulheres brancas são analfabetas, enquanto 12,4 de mulheres negras e pardas se encontram na mesma situação. De um total de 3.805.766 que abandonam a escola, 1.377.059 são brancas e 2.355.857 são negras (IBGE, s.d.).

Quanto aos domicílios, 9.300.533 mulheres brancas possuem condições inadequadas de saneamento, pelo mesmo critério mulheres negras e pardas vivem representam 15.289.590 (IBGE, s.d.). Das(os) 189.797.859 brasileiras(os) que possuem domicílio permanente (aquele que localizado em unidade que se destina a servir de moradia (casa, apartamento e cômodo), apenas 97.053.950 pertencem a mulheres (IBGE, s.d.).

Quanto trabalho, o nível de ocupação segundo o número de filhos é de 53,7 para mulheres que não possuem filhos, enquanto que mulheres com três ou mais filho, com ocupação é de são 38,6 (IBGE, s.d.). Considerando a população brasileira urbana, 64,7 homens estão em trabalhos formais, enquanto as mulheres são 62,1. Desse total de mulheres, 67,5 são brancas e 55,7 são consideradas pretas ou pardas (IBGE, s.d.).

Quanto ao rendimento, 40,9 das mulheres brasileiras são responsáveis pelo rendimento da família, enquanto que as mulheres com filhos e sem cônjuge, são responsáveis por 70,8 dos rendimentos (IBGE). E 37,3 das famílias tem apenas as mulheres como responsáveis (IBGE).

Com relação à violência contra a mulher, segundo a pesquisa do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil, 47,2 das pessoas entrevistadas em 2013 sobre a percepção da tolerância social à violência contra as mulheres, acreditam que o que ocorre entre o casal não interessa aos outros, 58,4 dizem que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” e 33,3 acreditam que a violência entre o casal deve ser discutida apenas dentro da família (IBGE, s.d.).

Ainda conforme o mesmo estudo, 42,7 dos entrevistados acreditam que a mulher que apanha e permanece com o marido, gosta de apanhar. 35,5 afirmam que se as mulheres soubessem como se comportar haveria menos estupros (IBGE, s.d.).

Conforme o Mapa da Violência de 2015, no ano de 2013, dos 4.672 homicídios praticados contra mulheres, em 50,3 % foi perpetrado por um familiar da vítima. 33,2% dos homicídios ocorridos em 2013, foram de mulheres, o que

contabiliza 4 mortes por dia (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015)

De acordo com a pesquisa do Observatório de Gênero do governo brasileiro, o Brasil é um dos países com a maior disparidade de salários entre homens e mulheres. A diferença é, em média, de 30%, e sobre quando analisados homens e mulheres com o mesmo nível de instrução (OBSERVATÓRIO DE GÊNERO, s.d.).

A partir desses dados podemos afirmar que ser mulher no Brasil é não exercer seus direitos, que são o tempo todo, e por mais diversos motivos limitados. Considerando o regime do patriarcado e as categorias estruturante da sociedade podemos verificar que a situação da mulher brasileira não é igual para todas as mulheres, tendo em vista que a cada estrutura estigmatizada, temos uma pior condição de vida/sobrevivência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise exposta, conclui-se que o direito à cidadania é limitado para as cidadãs mulheres do Brasil, pois, não foi possível o mesmo tratamento e acesso à questões básicas do novo conceito de cidadania, pelas mulheres.

Restou demonstrado, portanto, a importância de se compreender que homens e mulheres são diferentes e que essas diferenças são historicamente utilizadas para impedir, limitar, controlar, restringir, reprimir e moderar o direito das mulheres em suas mais diversas vertentes.

Com relação ao estrito entendimento de cidadania como o direito de votar e ser votado, considerando o alto número de mulheres analfabetas, e portanto, controlado e reduzido o número de eleitoras brasileiras, entendo que há um interesse machista que mantém a afirmação de que o estudo das mulheres brasileiras é dispensável, tendo em vista que o regime do patriarcado coloca a mulher como mãe, cuidadora ou trabalhadora doméstica, o que segundo o mesmo sistema, não exige estudo regular.

Quanto às mulheres eleitas em cargos políticos, resta evidente que não há interesse em qualquer seja a sigla partidária em tornar a participação e elegibilidade da mulher brasileira uma prioridade. Além de precisarem de uma determinação legal para que respeitem o quórum mínimo, também não há na população incentivo para que a mulher ocupe cargos nos poderes executivos ou legislativos brasileiro.

A partir da nova concepção de cidadania, é demonstrado mais uma vez por meio dos dados colhidos que para a cidadã mulher, o acesso aos direitos mais básicos e inerentes à cidadania, como trabalho, educação e saúde, ainda são de menor acesso às mulheres, ainda que essas sejam a maior parte da população. Fato que demonstra que a sociedade brasileira é, foi e pretende – pela classe dominante – permanecer fundamentada pelo regime patriarcal de interiorização das mulheres.

Sendo assim, mostra-se justificada à luta feminista para a emancipação, autônoma e liberdade da mulher para agir conforme seus interesses e exercer todos os direitos que lhe cabem de forma plena e consciente.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. Saraiva. 1994, p.1.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus,1999.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BRASIL, Brasil Escola. **Participação da mulher na vida política**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/participacao-mulher-na-vida-politica.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jul, 2016.

BRASIL. **Mulheres são maioria da população e ocupam mais espaço no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-ejustica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-nomercado-de-trabalho>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL, **Mapa da Violência 2015**. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)> Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. **Observatório de Gênero**. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/indicadores/comite-de-genero-e-uso-dotempo>> Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Secretaria Especial de Política para Mulheres. **Participação na política e o empoderamento das mulheres são debatidos em Florianópolis**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/noticias/participacao-napolitica-e-o-empoderamento-das-mulheres-sao-debatidos-em-florianopolis>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL, Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM). **Mais Mulheres na Política**. s/d. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496489/livreto-mais-mulher-na-politica.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL, Senado Federal. **Campanha por mais mulheres na política será lançada em sessão solene**. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/30/campanha-por-maismulheres-na-politica-sera-lancada-em-sessao-solene> Acesso em: 01 ago. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positiva.** 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado.** 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOUAISS, Dicionário on line. **Cidadania.** Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>> Acesso em 10 ago. 2016.

IBGE. **Estatísticas de Gênero.** Disponível em:<[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf) > Acesso em: 20 jul. 2016.

LAVINAS, Lena. Gênero, Cidadania e Políticas Urbanas. In Ribeiro, L.C.Q., Santos Junior O. A. N. **Globalização, fragmentação e reforma urbana.** Rio de Janeiro. 1997.

LOURO, Guacyra L. **Nas Redes do conceito de gênero.** In LOPES M.J.J. MEYER D, E Artes Médicas, 1996.

MARSHALL T.H., **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

SAFFIOTI, Heleieth. I. B. As origens do conceito de Gênero. **Gênero, patriarcado e violência.** Editora Fund. Perseu Abramo, São Paulo, 2004.

SARACENO, Chiara. A dependência construída e a interdependência negada. In BONACHI G., GROPPI a. (orgs.). **O dilema da cidadania.** UNESP: São Paulo, 1995.

**ABSTRACT:** This paper attempts to draw practical and theoretical issues of the condition of citizen women, in particular the Brazilian. To achieve this goal, the study contains three times. The first is to examine the various concepts of citizenship and the evolution of this term. The second, in turn, part of the importance of understanding the gender category for the discussion of rights inherent to every citizen person. Then to bring practical and official data showing the condition of Brazilian women. The study in question used the deductive and inductive method, through literature reviews, scientific articles, research on websites of organizations related to the rights and status of women.

**KEYWORDS:** Exercise of rights. Feminism. Participation.

## **CAPÍTULO IX**

### **CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATENDIMENTO ACAUTELATÓRIO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

---

**Fernanda Ichikawa Claro Silva  
Isabela Simões de Oliveira**

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATENDIMENTO ACAUTELATÓRIO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

**Fernanda Ichikawa Claro Silva**

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá  
Maringá - Paraná

**Isabela Simões de Oliveira**

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá  
Maringá - Paraná

**RESUMO:** Almeja-se a abordagem de diversos aspectos referentes ao tratamento do adolescente em conflito com a lei no país, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Em especial, suscita-se as controvérsias que permeiam o atendimento acautelatório em face dos Direitos Humanos. Para melhor compreensão do tema, faz-se mister o breve retrospecto de conceitos essenciais relacionados, bem como da imprescindível abordagem histórica do Direito Penal Juvenil brasileiro. Não sendo de todo teórico, o trabalho introduz dados quantitativos, a fim de apresentar percepção razoável acerca do instituto privativo de liberdade e suas consequências, fundamentando, ainda, uma postura crítica. Desse modo, com embasamento no exposto e enfoque em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, pretende-se debater possíveis soluções para maior eficácia do meio de internamento tratado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adolescente. Ato infracional. Direitos Humanos. Internação.

### 1. INTRODUÇÃO

Não há de se falar em adolescentes em conflito com a lei sem menção às formas e meios pelos quais o autor do ato infracional será responsabilizado, atravessando um processo de reeducação e ressocialização de características diferenciadas em relação aos sujeitos penalmente imputáveis, a fim de que seja respeitada sua condição especial de indivíduo em desenvolvimento.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/1990), em respeito à nova ordem ocidental de universalização dos direitos humanos, em consonância com o disposto no artigo 227 da CF/88, estabeleceu a doutrina de Proteção Integral às crianças e adolescentes, transformando os infantes em sujeitos de direitos e garantias.

A lei juvenil, em seu artigo 2º, entende por criança a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos e classifica como adolescente o indivíduo entre os 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Por seu turno, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 27, estabelece a imputabilidade penal a partir dos 18 (dezoito) anos. A somar, o artigo 104 da Lei 8.069/1990 dispõe que os menores de 18 (dezoito) anos estão sujeitos às medidas previstas pelo ECA. Sendo penalmente inimputáveis, crianças e adolescentes não cometem delitos, mas atos infracionais (art. 103, ECA).

Infere-se que em resposta estatal ao cometimento de atos infracionais, não haverá pena. No caso de criança em conflito com a lei, serão impostas as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA. Quanto aos adolescentes, além das referidas medidas de proteção, poderão ser aplicadas as medidas socioeducativas, elencadas no artigo 112 do ECA, as quais variam desde uma simples advertência até a hipótese gravosa de internação.

Ocorre que, já antes da sentença que determinará a respectiva medida, poderá ser imposta ao adolescente, por justificativas cautelares, a privação de liberdade provisória ou “atendimento acautelatório”, previsto no artigo 108 da Lei 8.069/1990. A precaução possui o prazo máximo de 45 dias, respeitados os requisitos do parágrafo único do dispositivo supra, quais sejam, indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, bem como necessidade da fundamentação da medida, nos termos dos artigos 173 e 174 do Estatuto. A Lei 8.069/1990 indica, ainda, em seu art. 185, que o cumprimento da internação provisória não poderá ser realizado em estabelecimento prisional, exceto nas localidades em que não existirem unidades adequadas, pelo período máximo de 05 dias.

A partir de estudo aprofundado realizado a respeito do tema, bem como de vivência profissional na área, em especial no trato cotidiano com o adolescente infrator, o presente trabalho analisará, dentre as considerações gerais, fatores históricos, conceitos e garantias constitucionais e estatutárias, relativos à internação do adolescente executor do ato infracional. Serão esmiuçadas, ainda, as hipóteses de internamento e ideia de local adequado, construindo-se um paralelo entre os objetivos garantistas previstos pela Carta Maior e o ECA frente aos direitos humanos, e as reais condições do cumprimento da privação de liberdade. Ocorre que, apesar da magnificência do arcabouço jurídico criado no intuito de proteger os adolescentes apreendidos, nem sempre a proteção integral aos menores em conflito com a lei é respeitada na realidade prática das Varas da Infância e Juventude do país.

Nesta linha encontra-se a abordagem do presente estudo, discutindo-se o sistema brasileiro de internação e tecendo-se críticas pontuais sobre o tema, a fim de expor as condições de funcionamento, na prática, destes estabelecimentos educacionais, em face às concepções que permeiam o ordenamento jurídico atual, ante a flagrante infringência das normas estatutárias e constitucionais.

## **2. DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS**

O legislador constituinte, no caput do artigo 227 da Carta Maior, particularizou, dentre os direitos humanos, aqueles que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, transformando-os em direitos fundamentais. Nesse sentido, destaca Andréa Rodrigues Amin (AMIN, 2007, p. 5):

A conjuntura político-social vivida nos anos 80 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais levaram o legislador constituinte a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado

com absoluta prioridade às crianças e adolescentes 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.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, surgiu a Doutrina de Proteção Integral (arts. 227, CF e 1º do ECA), superando a antiga Doutrina da Situação Irregular (Código de Menores, Lei 6.697/1979), a qual cuidava de crianças e adolescentes como meros objetos de medida.

## **2.1. Breve Contextualização Histórica do Direito Penal Juvenil Brasileiro**

Com esboços já no Brasil-Colônia, o Direito Penal Juvenil materializou-se por meio das Ordenações do Império, tendo larga aplicação. De início, foram postas as Ordenações Manuelinas (1513), a fim de adequar a administração portuguesa ao crescimento significativo da nação na era dos descobrimentos. Logo após, introduziu-se as Ordenações Filipinas (1603), as quais fixavam a imputabilidade penal em 17 anos de idade. Em contrapartida, a maioria plena só era efetivada aos 20 anos. Desta forma, se o jovem cometesse a infração entre os 17 e 20 anos de idade, ver-se-ia a mercê do arbítrio do julgador. Era a chamada teoria do discernimento, a qual autorizava o juiz, caso entendesse que o jovem havia usado de malícia, estando cômico de sua conduta ilícita, a julgá-lo como adulto, podendo aplicar, inclusive, a pena de morte. Não sendo este o entendimento, o infrator teria sua pena atenuada (LIBERATI, 2006, p. 38).

Adiante, com o advento do Código Penal da República (Decreto n. 847/1890), reduziu-se a inimputabilidade para os menores de 09 anos de idade. Neste momento histórico, a influência externa e debates internos já delineavam as curvas de uma Doutrina de Direitos do Menor (carência/delinquência), dando início à fase da criminalização da infância pobre, inexistindo distinção entre delinquente e menor abandonado (AMIN, 2007, p. 6).

Foi então criado, em 1923, o primeiro Tribunal de Menores do país, implementando o Direito Juvenil de Caráter Tutelar, e afastando, de vez, o Direito Juvenil de Caráter Penal Indiferenciado, que equiparava jovens e adultos, os tratando de igual maneira (LIBERATI, 2006, p. 72/73).

Em um inevitável desenrolar dos fatos, em 12 de outubro de 1927, foi criada a primeira legislação específica para os jovens, o Código de Menores do Brasil, mais conhecido como “Código Mello Mattos” (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927). Com este código, surgiu a possibilidade de serem aplicadas medidas de assistência e proteção aos menores de 18 anos, mesmo que não se tenha praticado qualquer ilícito ou que fosse absolvido em juízo (LIBERATI, 2006, p. 40), seguindo a lógica de intervenção originada pelas situações de pobreza a que estavam expostos e abandonados, apresentando como base uma orientação preventiva e repressora que visava à punição dos desajustados. Implantou-se, de vez, a Doutrina de Situação

Irregular, a qual profetizava não somente a restrição de liberdade para o agente da infração penal, mas também para aquele que se encontrasse em situação de risco, tais como moradores de rua, abandonados, carentes, etc. Nesse sentido, destaca João Batista da Costa Saraiva (SARAIVA, 2006, p. 24):

Pelo superado Código de Menores, a declaração da situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Importante salientar que, para a Doutrina de Situação Irregular, os jovens eram “objetos de proteção” e não “sujeitos de direitos”. Ademais, de acordo com João Batista da Costa Saraiva (SARAIVA, 2005, p. 51), durante a vigência desta lei, 80% da população juvenil recolhida às entidades de internação não eram autores de condutas delituosas e estavam presos pelo simples fato de serem pobres. Realizava-se o controle da pobreza, prendendo a própria vítima.

Por conseguinte, a Constituição da República do Brasil de 1937, embora contextualizada pelo Estado-Novo, regime de inspiração fascista, mostrou-se permeável às lutas pelos direitos humanos, procurando alargar o cenário social da infância e juventude, bem como dos setores mais carentes da sociedade (AMIN, 2007, p. 6).

Em 1940, entrou em vigor o atual Código Penal, estabelecendo a imputabilidade penal aos 18 anos de idade.

Com o advento da Lei 5.258, em 1967, a maioria penal foi novamente rebaixada para os 14 de idade, permanecendo até o ano subsequente, com a implementação da Lei 5.439/1968, a qual retomou o sistema anterior do CP de 1940, fixando a imputabilidade para os 18 anos de idade.

A Lei 6.697/1979 (Código de Menores), adequando-se ao CP, preservou a imputabilidade penal aos 18 anos de idade e adotou plenamente a Doutrina de Situação Irregular, em nada inovando quanto à condição da criança e do adolescente (LIBERATI, 2006, p. 46).

Signatário da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança (1989), aprovada pela ONU em novembro de 1989, o Brasil antecipou-se e estabeleceu a Doutrina de Proteção Integral já no texto constitucional de 1988 (SARAIVA, 2005, p. 57).

Constata-se que, até a implementação da CF/1988 e do ECA (Lei 8.069/1990), os quais fixaram a maioria penal aos 18 anos de idade e adotaram a Doutrina da Proteção Integral, houve uma oscilação etária da imputabilidade penal dos 07 até os 18 anos de idade, com a admissão de doutrinas de caráter penal indiferenciado em relação aos jovens em conflito com a lei, bem como de doutrinas tutelares. O ECA rompeu definitivamente com a Doutrina de Situação Irregular, estabelecendo como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a Doutrina de Proteção Integral, tendo o legislador agido de forma

coerente com os preceitos constitucionais. Foi quando as crianças e adolescentes passaram a ser “sujeitos de direitos”. Portanto, para a doutrina atual é dever de todos garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, considerados pelo nosso ordenamento jurídico como prioridade absoluta (art. 4º do ECA). É o direito de ser criança e adolescente deixando representar discurso teórico, político e demagógico, a fim de tornar-se realidade jurídica e doutrinária no país.

## 2.2. Conceituação de Criança e Adolescente

O termo “criança” refere-se ao ser humano com especificidades físicas, intelectuais e necessidades próprias, que vivencia a infância, período de significativo desenvolvimento e descobertas, sem ainda ter atingido a puberdade. Comumente, entende-se criança por oposição ao adulto: oposição estabelecida pela falta de idade ou de maturidade e de adequada integração social. Ao se realizar o corte com base no critério de idade, procura-se identificar certas regularidades de comportamento que caracterizam a criança como tal (KRAMER, 1990, p. 15).

Por sua vez, a palavra “adolescente” refere-se, cientificamente, a pessoa, cuja vida encontra-se no período compreendido entre a infância e a adultez, e é fase caracterizada por diversos impulsos, decorrentes do desenvolvimento sexual, social ou mental do indivíduo, sendo percebida por instabilidade e mudanças corporais próprias da puberdade. Para Plácido e Silva (PLÁCIDO E SILVA, 1999, p. 165), o adolescente nada mais é do que o indivíduo na adolescência, que se entende como período que sucede a infância. Inicia-se com a puberdade e acaba com a maioridade. Deriva do latim *adolescere*, que significa crescer.

Acrescenta-se (SARAIVA, 2006, p. 35):

A adolescência, enquanto etapa de desenvolvimento físico e psíquico, deflagrada pela puberdade, é adolescência para todos, dos bairros mais nobres à periferia, submetidos às mesmas aflições próprias desta época, alcançados todos pelos mesmos apelos da mídia, todos destilando hormônios, todos desejantes, todos fascinados pelo mesmo tênis importado.

Para Arminda Aberastury (ABERASTURY, 1980, p. 24), as modificações psicológicas que se produzem neste período, e que são correlatas de modificações corporais, levam a uma nova relação com os pais e com o mundo.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seu artigo 2º, entende por criança a pessoa de até 12 anos incompletos e classifica como adolescente o indivíduo entre os 12 e 18 anos de idade. Convém lembrar que o Código Penal e o ECA adotam o critério biopsicológico objetivo para averiguação da imputabilidade, em concórdia com a Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança, a qual estipula: “Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

### 2.3. Sistema de Garantias

O complexo de garantias, composto pelos direitos humanos (liberdades substanciais), medidas de prevenção (asseguramento) e políticas de atendimento, trabalha como estratégia metodológica para efetivo atendimento e proteção integral dos direitos individuais e das garantias mínimas fundamentais (RAMIDOFF, 2005, p. 32).

Dessa forma, o sistema de garantias age em rede, de maneira harmônica entre si, auxiliando o Estado por meio dos procedimentos estabelecidos na Lei 8.069/1990, a fim de que as crianças e adolescentes usufruam de todos os direitos assegurados à pessoa humana, bem como de seus direitos específicos como pessoas em desenvolvimento.

Destarte, ao realizar o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (art. 227, CF), a ordem jurídica atribui-lhes as mesmas prerrogativas elencadas no artigo 5º da CF, que cuida dos direitos individuais e coletivos. Estes indivíduos possuem todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (SARAIVA, 1999, p. 45).

## 3. DA INIMPUTABILIDADE REFERENTE A MENORIDADE PENAL

### 3.1. Direito Penal Juvenil

Ao regulamentar o artigo 228 da Carta Maior, a Lei 8.069/1990 introduziu no país uma nova forma de responsabilização dos menores em conflito com a lei, o que, para alguns autores, classifica-se como Direito Penal Juvenil (LIBERATI, 2006, p. 70).

É possível dizer, assim, que enquanto os maiores de 18 anos possuem responsabilidade penal, os maiores de 12 e menores de 18 anos têm responsabilidade estatutária, também denominada de responsabilidade penal juvenil (LIBERATI, 2006, p. 75).

Parcela dos estudiosos entende que a responsabilidade penal juvenil introduzida pelo ECA de acordo com a doutrina de proteção integral é uma nova fase na responsabilização penal dos menores, que veio a fim de substituir a doutrina de situação irregular, que até então existia com o revogado Código de Menores (Lei 6.697/1979) (LIBERATI, 2006, p. 72).

Em contrapartida, existem autores que discordam deste entendimento e criticam o chamado Direito Penal Juvenil, sob o argumento da desnecessidade da intervenção de garantias da esfera criminal, vez que o próprio Estatuto seria um sistema de garantias autônomo, implementado pela Doutrina de Proteção Integral. Neste sentido, Mário Luiz Ramidoff (RAMIDOFF, 2005, p. 63):

O equívoco do sistema retributivo, punitivo, sancionatório, ainda que articulado com algumas garantias próprias de direito penal, ao que se vem denominando de Direito Penal Juvenil – isto sim, um tremendo eufemismo

- nada mais é do que acreditar que se possa conceber uma verticalização - engessamento mesmo - de um padrão de dignidade humana. Não fosse só, o pecado epistemológico do dito Direito Penal Juvenil é acreditar que as garantias e os instrumentos legais assecuratórios do pleno exercício da cidadania se encontram fundados no desenvolvimento da dogmática jurídico-penal, quando, na verdade, são conquistas históricas dos Direitos Humanos. Pois, a inserção na Lei 8.069, de 13.07.1990, de direitos e garantias fundamentais (v.g., os individuais e os processuais), é decorrência da adoção da diretriz internacional da Doutrina de Proteção Integral, enquanto vertente dos Direitos Humanos especificamente para as crianças, as quais na seara internacional são consideradas todas as pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos. (...) Pode-se, assim, legitimamente perceber que na elaboração da Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pretendeu-se espancar qualquer ranço penalista.

Todavia, sobrevém-se que, mais significativo do que afastar as garantias e avanços conquistados pelo pensamento jurídico na esfera penal, é estender sua aplicação aos adolescentes em conflito com a lei, se em benefício destes. Isso porquanto não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, sob o manto da proteção integral, que a lei seja mais severa aos inimputáveis do que para os adultos.

Outrossim, a justificativa de certos autores, de afastamento do Direito Penal Juvenil sob o argumento de que já existe um sistema próprio de garantias, nos remete às antigas políticas de “bem-estar dos menores”, difundidas pela Doutrina de Situação Irregular, desrespeitando, desta maneira, os direitos e garantias conquistados pelo ECA.

### **3.2. Atos Infracionais**

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103, ECA) (MORAES e RAMOS, 2007, p. 751).

Relembre-se a existência de duas vertentes que conceituam o crime, sendo a primeira “material”, a qual descreve o delito como a violação de um bem penalmente protegido (DAMÁSIO, 2003, p. 150/151); e a segunda, “formal”, a qual define o crime como sendo ação ou omissão típica, ilícita e culpável (BITENCOURT, 2013, p. 943). Por sua vez, não foi atribuída uma definição ontológica à contravenção penal em nosso sistema: “Dela tem-se apenas o enunciado no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-lei n. 3.914, de 9.12.1941, segundo o qual a contravenção é ‘a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa’” (DAMÁSIO, 2003, p. 61). Desta forma, sendo a conduta desenvolvida pelo adolescente classificada pelo ordenamento jurídico como contravenção penal ou crime, o jovem estará sujeito às medidas previstas pela Lei 8.069/1990.

Para os doutrinadores que defendem a ideia de um Direito Penal Juvenil, como João Batista da Costa Saraiva (SARAIVA, 2006, p. 77), para quem o

comportamento do adolescente seja considerado ato infracional, este deve corresponder a uma contravenção penal ou a um crime e, conseqüentemente, ser conduta típica, antijurídica e culpável. Exemplificativamente, se o adolescente praticar um ato infracional equiparado a crime, em legítima defesa, ele deverá ser absolvido, tendo em vista a exclusão de ilicitude prevista no artigo 23 do CP. Conclui-se que não se pode oferecer tratamento mais gravoso ao adolescente do que se daria para um imputável, em uma mesma situação.

### **3.2.1. Procedimento para apuração de ato infracional**

Aplica-se, no procedimento para apuração de ato infracional, o disposto nos artigos 171 a 190 da Lei 8.069/1990 e, subsidiariamente, as disposições previstas no CPP (Código de Processo Penal), conforme o artigo 152 do Estatuto.

Verifica-se que adolescente pode ser apreendido em flagrante de ato infracional, bem como por ordem fundamentada do Juízo. Para tanto, aplica-se subsidiariamente o previsto no artigo 302 do CPP. Após a apreensão, o menor será encaminhado para a Autoridade Policial competente, que analisará a possibilidade de liberação imediata (art. 107, ECA) ou, então, na hipótese de ato infracional grave, tomará as medidas previstas no artigo 173 do ECA e o jovem continuará apreendido, provisoriamente. A apresentação do adolescente ao Ministério Público deve ser realizada em, no máximo, 24h (vinte e quatro horas), nos termos do artigo 175 da Lei 8.069/1990 (SARAIVA, 2006, p. 202).

Apresentado ao órgão ministerial, será colhida a oitiva informal do menor infrator. Conforme o artigo 180, do ECA, o representante do Ministério Público poderá, então, tomar as seguintes providências: arquivar os autos de investigação, conceder-lhe remissão (acordo) ou oferecer representação (ou seja, iniciar ação socioeducativa em face do adolescente). Importante a observância de que a ação socioeducativa é sempre de natureza pública incondicionada, independentemente do tipo do ato infracional (MORAES e RAMOS, 2007, p. 773).

Faz-se necessário que a remissão e o arquivamento sejam homologados pela autoridade judiciária, nos termos do artigo 181 da Lei 8.069/1990. Caso oferecida representação, após o recebimento da inicial pelo juiz, designar-se-á data para audiência de apresentação do adolescente representado. Neste momento, o magistrado deverá também decidir acerca da decretação da medida de internação provisória, quando houver requerimento do parquet, ou sobre sua manutenção, conforme disposto no artigo 184, caput, da Lei 8.069/1990 (SARAIVA, 2006, p. 205). Então, o jovem será citado para comparecer à audiência de apresentação, em companhia de seus genitores ou responsáveis e de procurador judicial (art. 184, §1º da Lei 8.069/1990). Não concedida a remissão, a ação socioeducativa prosseguirá o trâmite, análogo a uma ação penal: apresentação de defesa prévia, oitiva de testemunhas (audiência de continuação), demais diligências e, então, os debates entre a defesa e o MP, que deverão, em regra, ser realizados na forma oral (art. 186, § 4º, ECA). Ao final, o adolescente será comunicado da decisão judicial, a qual é

passível de recurso, nos termos do artigo 190, § 2º e 198 da Lei 8.069/1990.

### **3.2.2. Medidas socioeducativas e medidas de proteção da Lei 8.069/1990**

Conforme já exposto, quando o adolescente cometer um ato infracional equiparado a crime poderão ser-lhe aplicadas as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 da Lei 8.069/1990. Por sua vez, se uma criança vem a cometer um ato infracional, só poderão ser-lhe aplicadas medidas de proteção, estando previstas no artigo 101 do Estatuto (CURY, 2005, p. 339/340).

As medidas socioeducativas serão aplicadas considerando a capacidade do adolescente em cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional e as necessidades pedagógicas do menor, procurando sempre revigorar os laços familiares e comunitários dele (art. 113 c.c art. 100, ECA) (CURY, 2005, p. 382).

Para tanto, o legislador elenca as medidas socioeducativas, trazendo, inicialmente, as medidas não privativas de liberdade, a saber: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida (art. 112, I a IV, Lei 8.069/1990). Posteriormente, o legislador enumera as medidas privativas de liberdade: inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional (art. 112, V e VI, Lei 8.069/1990).

Quanto às medidas de proteção, observa-se que poderão ser aplicadas a qualquer momento, a partir da violação dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, conforme artigo 98 da Lei 8.069/1990, e que são previstas pelo artigo 101, I a VI, tais quais: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, orientação, apoio e acompanhamento temporários, matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental, inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial e finalmente, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Acerca da finalidade das medidas socioeducativas, deve-se esclarecer: enquanto a pena, para o sistema penal, define-se como sanção aflictiva prescrita pelo Estado ao criminoso, através da ação penal, como resposta a sua conduta ilícita, com escopo de evitar o cometimento de novos delitos, com função preventiva geral e especial (MIRABETE, 2005, p. 307), o ECA assim dispõe acerca da aplicação das medidas socioeducativas (art. 100): “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Em síntese, a medida socioeducativa tem natureza de sanção, porém com notório conteúdo pedagógico.

## **4. DA INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

A privação de liberdade do adolescente infrator se dá em três hipóteses: por

descumprimento reiterado e injustificável de medida socioeducativa anteriormente imposta (art. 122, III, Lei 8.069/1990), quando lhe é aplicada a medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional (art. 112, VI, Lei 8.069/1990) e, por fim, na hipótese de atendimento acautelatório (art. 108 e art. 184, ambos da Lei 8.069/1990).

A primeira possibilidade é chamada de “internação-sanção” e ocorre quando a privação de liberdade se dá como consequência do descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imputada, nos termos do artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/1990 (DEL-CAMPO e OLIVEIRA, 2005, p. 161). Cuida-se, aqui, de uma resposta estatal à disposição revelada pelo adolescente em não acatar medida socioeducativa a ele imputada por meio de sentença (LIBERATI, 2003, p. 403). Na internação-sanção, a restrição de liberdade será fixada por prazo certo e determinado, o qual não poderá, em hipótese alguma, ultrapassar 03 (três) meses (art. 122, § 1º, Lei 8.069/1990), após o que o interno retomará o cumprimento da medida socioeducativa descumprida.

A internação como medida socioeducativa, por sua vez, é aquela imposta pela autoridade judiciária na decisão final de uma ação socioeducativa que julga procedente a representação oferecida pelo representante do MP. Este internamento só é autorizado em ultima ratio, ou seja, quando nenhuma outra medida se mostrar suficientemente adequada à situação do autor do ato infracional (art. 122, § 2º, Lei 8.069/1990).

Na prática, a quantidade de vagas providas pelos centros de socioeducação do país nem sempre é suficiente para o acolhimento dos jovens internados, motivo pelo qual os adolescentes são, não raramente, mantidos, de maneira irregular, em locais separados (na falta de estrutura dos próprios distritos policiais, os adolescentes infratores acabam, por muitas vezes, ocupando as mesmas celas dos adultos) nas carceragens dos presídios e delegacias, não havendo distinção prática entre o cumprimento da medida, a qual deveria ter finalidade socioeducativa, e a pena atribuída aos imputáveis.

De acordo com relatório divulgado no ano de 2015 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a situação nos centros próprios de internação para adolescentes em conflito com a lei está bem distante da preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Analisados 317 dos 369 estabelecimentos de internação existentes no país, entre os anos de 2013 e 2014, foram constatadas situações de superlotação, poucas oportunidades de formação educacional e profissional, espaços insalubres, dentro outros problemas.

#### **4.1. Do Atendimento Acautelatório**

Tecnicamente, a internação provisória denomina-se “atendimento acautelatório para adolescentes em conflito com a lei” (ISHIDA, 2013, p. 258) e refere-se a privação de liberdade do adolescente antes da sentença. O artigo 108 do ECA dispõe acerca desse atendimento. O dispositivo em questão se integraliza com

os artigos 121-124, 173-175 e 183-184 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A restrição da liberdade do adolescente antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é de natureza cautelar e só poderá ser decretada em ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, que demonstre a imprescindibilidade da medida, perante indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional (art. 108, parágrafo único, ECA). Dado o caráter cautelar de apreensão do adolescente infrator antes da sentença, o atendimento acautelatório é, por vezes, comparado à prisão provisória, delegada aos imputáveis (art. 282 e ss., CPP) (GOMES, 2003, p. 31).

Observa-se que ambos os institutos possuem natureza cautelar, e requerem, para sua decretação, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, ou seja, “a plausibilidade do direito alegado e o risco de ineficácia do provimento principal” (GOMES, 2003, p. 32). A prisão, contudo, procura atingir uma pena, enquanto que a internação provisória busca uma sanção de natureza pedagógica (GOMES, 2003, p. 32). Desta forma, a internação, provisória ou não, nunca poderá conter um fim nela própria, se constituindo apenas de um meio, extremo e excepcional, para realização do trabalho socioeducativo, imprescindível na espécie (DIGIÁCOMO, 2002, p. 25).

Por fim, ressalta-se que o atendimento acautelatório, como medida cautelar de privação de liberdade para adolescentes infratores, precisa estar em consonância com os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, dispostos nos artigos 121 e 122 do ECA e artigo 227 da CF (LIBERATI, 2006, p. 114).

#### **4.1.1. Requisitos**

Somente poderá haver apreensão do adolescente autor de ato infracional em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente (art. 106, ECA) (LIBERATI, 2006, p. 177). Quando o adolescente em conflito com a lei for apreendido, o juiz decidirá, analisando o procedimento para apuração de ato infracional instaurado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pela decretação do internamento provisório (LIBERATI, 2006, p. 178), por meio de decisão fundamentada, baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade, justificando a imprescindibilidade da imposição da medida (art. 108, Lei 8.069/1990) (LIBERATI, 2006, p. 121).

Caso a decisão não seja fundamentada, haverá nulidade de pleno direito, por força do dispositivo constitucional (art. 93, IX, CF) que estabelece que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade (CURY, 2005, p. 360). Ainda, o parágrafo único do artigo 108 da Lei 8.069/1990 dispõe que a decisão do juiz competente deve ser baseada em indícios suficientes de autoria, materialidade do ato infracional e necessidade imperiosa da internação provisória (CURY, 2005, p. 346).

Compreende-se por necessidade imperiosa da medida quando o ato infracional for grave e de repercussão social, ocasião em que o jovem permanecerá

apreendido para sua própria segurança e para a manutenção da ordem pública, devendo-se observar as disposições do artigo 174 do ECA.

Nota-se que os pressupostos para a decretação do atendimento acautelatório não são os mesmos exigidos para a medida socioeducativa de internamento e internação-sanção. Na internação provisória, após o flagrante, a intenção preconizada pelo legislador foi a de garantir a segurança pessoal do adolescente e assegurar a ordem pública (CURY, 2005, p. 535).

Infelizmente, há uma tendência pela medida de internação por parte do sistema de justiça juvenil, aplicando-se o atendimento acautelatório em circunstâncias em que a um adulto não lhe seria aplicada a prisão cautelar. Os dados mostram que, por exemplo, em cerca de 90% dos casos de homicídios, os imputáveis aguardam o julgamento em liberdade, enquanto que, no caso dos adolescentes, cerca de 90% aguardam o final do procedimento dando cumprimento a internação provisória. Isto é uma inadequação do sistema, e o internamento provisório, assim como a prisão, somente se justifica nos estreitos limites do garantismo penal (SARAIVA, 2006, p. 104). Retoma-se, portanto, que o atendimento acautelatório apenas poderá ser aplicado a visar a garantia da segurança pessoal do adolescente ou a garantia da ordem pública, não podendo as mencionadas hipóteses ser confundidas com as previstas para a decretação da medida socioeducativa de internamento ou para a prisão preventiva dos imputáveis.

#### **4.1.2. Prazo**

O legislador do ECA, no artigo 108, fixou o prazo máximo para o atendimento acautelatório em 45 dias, a partir da data da apreensão do adolescente em conflito com lei, sendo vedada sua prorrogação (CURY, 2005, p. 360).

Este prazo é o mesmo fixado pelo artigo 183 da Lei 8.069/1990 para o término do procedimento de ato infracional atribuído ao adolescente (CURY, 2005, p. 360), equiparando-se ao período de 80 dias para a conclusão do processo penal ao acusado preso (ISHIDA, 2006, p. 159).

A relevância do respeito ao prazo é tanta que a lei pune, severamente, quem o descumprir de modo injustificado, impondo, no artigo 235 da Lei 8.069/1990, a pena de até 02 anos de detenção, sanção esta que o artigo 234 do ECA prevê, também, para autoridade competente que não liberar o adolescente preso ilegalmente (SARAIVA, 2006, p. 97).

Atente-se ao fato de que existem alguns posicionamentos jurisprudenciais a permitir a superação do prazo estabelecido (SARAIVA, 2006, p. 97), tendo por base a Súmula 52 do STJ, a qual determina: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (GOMES, 2003, p. 38).

Todavia, tal vertente acaba por violar os princípios da brevidade, excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, previstos no artigo 121 da Lei 8.069/1990 e, ainda, contraria o disposto nos artigos 108, 183 e 184 da mesma lei, os quais fixam um prazo fatal, não apenas para a

medida cautelar de internação provisória como para o trâmite processual. Deste modo, atingido o termo final, o prazo peremptório de 45 dias sem que o juiz competente tenha proferido sua decisão, a liberação do adolescente deve ser compulsória, não podendo haver prejuízos ao menor em decorrência de falhas pelo Poder Judiciário.

Outra justificativa apresentada por aqueles que defendem a possibilidade de prorrogação do prazo de 45 dias para o atendimento acautelatório é a periculosidade do adolescente autor de ato infracional (ISHIDA, 2013, p. 160). Novamente, tal justificativa não merece êxito, porquanto fere preceitos constitucionais e estatutários, sendo o prazo fixado de caráter impositivo e havendo um compromisso para a conclusão do processo nos termos estipulados. Retoma-se a gravidade do desrespeito ao prazo, o qual constitui crime (arts. 234 e 235, Lei 8.069/1990).

#### **4.2. Funcionamento Teórico dos Estabelecimentos de Internação Brasileiros**

Conforme já mencionado, o artigo 123 da Lei 8.069/1990 propõe que o internamento deve ser cumprido em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida a separação por critério de idade, compleição física e gravidade da infração. Desta forma, faz-se necessária a rigorosa separação entre o estabelecimento para adolescentes destinado às hipóteses de internação e aquele voltado às funções de abrigo. Ademais, os adolescentes devem ser separados de acordo com a periculosidade, idade e compleição física, sendo, nos termos do parágrafo único do artigo 123, obrigatória a execução de atividades pedagógicas, ainda que na internação provisória, que é o que caracteriza a natureza socioeducativa da medida privativa de liberdade (CURY, 2005, p. 419).

Indubitável que, quando sua aplicação se dá em meio a uma estrutura física e profissional inadequada para receber o adolescente, o caráter pedagógico da medida socioeducativa deixa de existir (SOUZA, 2005, p. 44). Avigorando esta ideia, para evitar que o adolescente fosse restringido de sua liberdade sem receber o tratamento sócio-pedagógico voltado à sua condição peculiar, houve a expressa determinação do artigo 185 da Lei 8.069/1990, no sentido da impossibilidade do atendimento acautelatório ser realizado em estabelecimentos prisionais (DIGIÁCOMO, 2002, p. 27).

Assim, caso inexista na comarca entidade destinada exclusivamente ao internamento de adolescentes, os jovens deverão ser transferidos de imediato para a instituição adequada mais próxima (CURY, 2005, p. 566). Esta transferência (art. 185, § 1º, Lei 8.069/1990) é a regra geral estabelecida pelo ECA. Porém, no caso excepcional de manifesta impossibilidade, a lei autoriza que o adolescente aguarde sua remoção em estabelecimento prisional, desde que em local apropriado, sem contato com os imputáveis e pelo prazo máximo de 05 dias. Esgotado este período sem a realização da transferência, o jovem deve ser imediatamente liberado, sob pena de incidência no delito trazido pelo artigo 235 da Lei 8.069/1990 (LIBERATI, 2006, p. 192). Neste sentido, leciona Murillo José Digíácomo (DIGIÁCOMO, 2002, p.

29/30):

Ante a inexistência de vagas em estabelecimento adequado, portanto, não resta alternativa outra que não a liberação do adolescente após vencido o prazo legal alhures mencionado (cinco dias), pois não pode ser ele penalizado (literalmente, diga-se de passagem), pela omissão do Poder Público em lhe proporcionar a estrutura de atendimento adequada(...).

Portanto, findo o prazo improrrogável de 05 dias para que o jovem permaneça aguardando sua transferência (art. 185, Lei 8.069/1990), o adolescente em conflito com a lei não poderá, em nenhuma hipótese, permanecer recolhido em estabelecimento prisional, ainda que em cela especial, separado dos presos adultos, vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê sua liberação imediata, se necessário via habeas corpus.

Não obstante, alguns autores, como Valter Kenji Ishida (ISHIDA, 2013, p. 192/193), defendem a ideia de que o jovem pode permanecer internado provisoriamente em estabelecimento prisional quando não existir local adequado na comarca, desde que em ala separada dos presos adultos. Tal posicionamento, entretanto, não merece respaldo, porque, conforme visto, o adolescente em conflito com a lei não pode ser responsabilizado pela omissão do Estado em não prover local adequado para a sua reabilitação e tratamento, pelo que, inexistente instituição adequada para o atendimento acautelatório, deve ser posto em liberdade de imediato. Ora, a aplicação da medida em estabelecimento específico para adolescentes, com a realização de atividades pedagógicas, é exatamente o que distingue o atendimento acautelatório da pena de prisão (SARAIVA, 2005, p. 49). Se a internação provisória passasse a ser cumprida no sistema penitenciário, as carceragens se transformariam em meros “depósitos” de adolescentes, restando afrontados os princípios constitucionais e estatutários que dão suporte à aplicação da medida (DIGIÁCOMO, 2002, p. 28/29).

Conclui-se, portanto, que, não havendo estabelecimento adequado, voltado especificamente para adolescentes em conflito com a lei ou inexistindo a possibilidade de transferência para local adequado em comarca próxima, o menor, após os 05 dias que pode permanecer em estabelecimento prisional (art. 185, § 2º, Lei 8.069/1990), deverá ser liberado, imediatamente, sob pena de responsabilidade da autoridade coatora (arts. 234 e 235, Lei 8.069/1990).

#### **4.3. A realidade dos centros de internação brasileiros**

Hoje, existem no estado do Paraná 18 unidades de internação, denominados de centros socioeducativos (CENSE) (SJCDH, acesso em 9 jan. 2016). Observa-se que a maioria das unidades de internação funciona como instituições integradas de socioeducação, ou seja, destinam vagas tanto para a internação definitiva, após a sentença, quanto para o cumprimento do atendimento acautelatório. Todavia, conforme já mencionado, o relatório realizado pelo Conselho Nacional do Ministério

Público (CNMP), divulgado no ano de 2015, demonstra que a situação nos estabelecimentos próprios de internação ao redor do país está longe da preconizada pela Lei 8.069/1990 (GOMES, acesso em 9 jan. 2016).

A análise feita em 317 dos 369 centros de internação existentes no país, entre os anos de 2013 e 2014, comprovou que a superlotação é uma realidade no Brasil, o qual possui 18.072 vagas para adolescentes, mas abriga 21.823 internos. No estado do Maranhão, por exemplo, a superlotação supera 800%, são 461 jovens para 52 vagas. Somente os estados de Alagoas, Piauí, Rio Grande do Norte, Amazonas, Rondônia, Roraima, Tocantins, Rio de Janeiro e Paraná não superam os 100% de ocupação de suas unidades de internação (GOMES, acesso em 9 jan. 2016).

Problemas graves de higiene, conservação, iluminação e ventilação afetam 39,1% dos centros de internação do país, considerados insalubres pelo CNMP. As piores condições foram verificadas nos estados do Amapá, Mato Grosso, Pará e Roraima, onde todas as unidades foram consideradas nocivas à saúde dos adolescentes (CNMP, acesso em 9 jan. 2016).

A situação não é muito melhor nas demais unidades da federação. Outros 15 estados tiveram mais da metade dos centros de internação reprovados por não ter condições mínimas de preservação da saúde dos jovens. Destacaram-se, negativamente, Goiás (86%), Tocantins (75%), Sergipe (67%) Rio de Janeiro (64%), Pernambuco (58%), Rio Grande do Sul (55%) e Bahia (50%) (GOMES, acesso em 9 jan. 2016). Os índices de salubridade nos centros de internamento por região do país, tomados pelo relatório do CNMP (GOMES, acesso em 9 jan. 2016) são: 32% na região centro-oeste, 52,1% na região nordeste, 31,7% na região norte, 77,8% na região sudeste e 53,3 na região sul.

Outro quesito definido no ECA para o melhor desenvolvimento das atividades socioeducativas é a separação dos adolescentes quanto à idade, constituição física e gravidade da infração. Somente 16,1% das unidades de internação brasileiras separam os adolescentes por tipo de infração cometida. O Conselho do MP avalia como “crítico” esse resultado, pois considera esse um critério relevante, na medida em que visa, além da proteção, a evitar a troca de informações e experiências entre adolescentes com histórico infracional bastante diverso. E mais, os dados não melhoram em relação à idade e à compleição física. Os adolescentes são separados por idade em 23,7% dos centros de internação e por condição física, em 31,9%. De acordo com Goffman (GOFFMAN, 2005, p. 69/70), é comum reconhecer que as instituições ficam longe de seus objetivos oficiais:

Quase sempre, muitas instituições totais parecem funcionar apenas como depósitos de internados, mas, como já foi sugerido, usualmente se apresentam ao público como organizações racionais, conscientemente planejadas como máquinas eficientes para atingir determinadas finalidades oficialmente confessadas e aprovadas [...]. Esta contradição, entre o que a instituição realmente faz e aquilo que oficialmente deve dizer que faz, constitui o contexto básico da atividade diária da equipe dirigente.

No caso da formação profissional, 38,5% das unidades de internação não possuem espaços adequados para atividades profissionalizantes. O Sudeste tem a melhor condição, com 80,4% dos centros realizando as ações de profissionalização em espaços apropriados. As demais regiões têm mais de 50% das unidades em más condições para essa atividade (GOMES, acesso em 9 jan. 2016).

A situação também está longe do ideal na educação. Segundo o CNMP, 28,7% das unidades, em todo o país, não possuem salas de aula adequadas, com boa iluminação e acesso a materiais pedagógicos. A pior situação encontra-se no Centro-Oeste, com 48% das unidades sem espaços adequados para atividades de escolarização. No Norte (46,3%) e Nordeste (45,8%), brasileiros também deixam muito a desejar nesse quesito.

Dados de um levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) indicam que a situação constatada pelo CNMP avigora um problema anterior ao ato infracional e que se perpetua após o cumprimento da medida socioeducativa: cerca de um terço dos adolescentes com idade de 15 a 17 anos cumprindo medidas no país, em 2013, ainda não havia concluído o ensino fundamental. Enquanto isso, apenas 1,32% havia concluído o ensino médio. Na faixa etária de 12 a 14 anos, 93,3% não haviam completado o ensino fundamental.

Ainda segundo os dados do IPEA, 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres. Além da alta defasagem escolar, 51% desses adolescentes não frequentavam a escola quando foram apreendidos e outros 49% estavam desempregados (GOMES, acesso em 9 jan. 2016).

E se depender das ações de apoio ao egresso, que deviam acompanhar adolescentes e suas famílias para superação da situação de vulnerabilidade social, com ações de cunho educacional, profissionalizante, psicológico, entre outros, muitos jovens vão permanecer nas condições mencionadas anteriormente. “A situação é crítica”, define o conselho do MP (GOMES, acesso em 9 jan. 2016). Segundo o levantamento, em 82% das unidades de internação no país não há atendimento multidisciplinar aos egressos e a suas famílias. Constam, também, os índices alarmantes de centros de internamento por região do país que apresentam programa de inserção dos internos na rede regular de ensino: 40% no centro-oeste, 25% no nordeste, 24,4% no norte, 57,6 no sudeste e 47,9 no sul.

Mesmo em ações específicas, o atendimento deixa a desejar. A atuação para que os adolescentes deixem a internação e voltem a estudar é realizada por apenas 40% das unidades do Centro-Oeste, do Nordeste e do Norte. No Sudeste, o percentual é de 57,6%, e no Sul sobe para 64,4%. No geral, menos da metade das unidades do Brasil realizam essa atuação. No caso da formação profissional, 36,3% das unidades apoiam os egressos nesta demanda. No Centro-Oeste, o percentual é de apenas 20%. A melhor situação é no Sul do país, onde 55,6% das unidades têm programas de apoio ao egresso para o trabalho (GOMES, acesso em 9 jan. 2016).

Para Olympio Sotto Maior (MAIOR apud CURY, 2005, p. 380), com a segregação e a inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados ficam distantes de um desenvolvimento sadio:

[...] convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, como de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (os irrecuperáveis, como dizem eles). Desta forma quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e antissociais.

Diante da análise, tem-se que a inserção de adolescentes privados de liberdade em ambientes inadequados traz graves reflexos, vez que não contribui de maneira eficaz para recuperação e ressocialização do jovem. Ao contrário, o convívio do menor nestes estabelecimentos faz com que ele absorva a chamada identidade do infrator, resultando na reincidência das práticas infracionais e, conseqüentemente, no aumento dos gastos do Estado.

## 5. CONCLUSÃO

Tem-se que a tutela jurídico-penal das crianças e adolescentes sofreu inúmeras alterações ao longo dos anos, desde sua implementação até o advento da CF/88 e, posteriormente, do ECA, apresentando-se como constante e atual a luta pela conquista de direitos e garantias dos menores e, principalmente, pelo efetivo cumprimento das prerrogativas já alcançadas.

Estando as crianças e os adolescentes, em tese, protegidos por um manto constitucional e estatutário, estão também sujeitos às demarcações trazidas pela Lei 8.069/1990, pelo que lhes serão impostas medidas de proteção em caso de atos infracionais cometidos por criança, bem como medidas socioeducativas (artigo 112 do ECA), além das medidas protetivas já mencionadas, quanto a adolescente. Ademais, observa-se que, já antes da sentença que decidirá a medida adequada, poderá ser imposta ao adolescente, por justificativas cautelares, a medida de internação provisória, prevista no art. 108 da Lei 8.069/1990, pelo prazo máximo de 45 dias, desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, bem como a fundamentação da necessidade da medida, nos termos dos artigos 173 e 174 do ECA.

A regulamentar este instituto, o ECA indica, em seu artigo 185, que o cumprimento da internação provisória não poderá ser realizado em estabelecimento prisional, exceto nas localidades em que não existirem unidades adequadas, pelo período máximo de 05 dias. Todavia, esta norma nem sempre é respeitada e, quando cumprida, sujeita os adolescentes a instituições próprias sem a devida estrutura.

Importante considerar, também, a finalidade sócio-pedagógica do internamento como medida, que se perde em meio à falta de estrutura dos centros

socioeducativos pelo país, os quais apresentam problemas graves de higiene, conservação, iluminação, ventilação e carecem de atendimento multidisciplinar aos egressos e a suas famílias, inserção dos internos na rede regular de ensino, separação adequada dos adolescentes, dentre outras irregularidades. Assim, a ausência de estrutura adequada e profissionais capacitados propicia o cumprimento ineficiente da medida de internação, bem como do atendimento acautelatório, o que contribui para que os adolescentes voltem a praticar atos infracionais, como reflexo de uma internação mal executada, aumentando os índices de reincidência.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem, indubitavelmente, conteúdo avançado, por contemplarem diversos direitos e garantias às crianças e aos adolescentes. Todavia, a ineficiência do Estado ao descumprir com o que preceituam as legislações vigentes dificulta a execução da medida privativa de liberdade e do atendimento acautelatório a efetivamente surtirem os efeitos que almejam.

Nota-se que, havendo falhas constantes na aplicação do internamento, os adolescentes passam a reincidir e se veem, novamente, submetidos à aplicação de medidas que não foram capazes de socioeducá-los, criando, assim, um círculo vicioso, em que o Estado gasta mal, em diversos setores da estrutura governamental, sobretudo em segurança pública, negligenciando esferas como a da educação, saúde, cultura e outros setores que poderiam gerar efeitos concretos na redução da criminalidade. Isto ocorre, em parte, porque o senso comum, ofuscado pelo discurso político do pânico e da apresentação da medida privativa de liberdade como panaceia social, rende-se ao direito emergencial, que oferece uma resposta ligeira aos anseios de repressão à delinquência, e clama por uma ação estatal imediata, ainda que, para isso, o adolescente tenha que cumprir o internamento em locais inadequados, em condições de superlotação, violando, assim, inúmeros direitos assegurados à pessoa humana.

Necessária, portanto, a real aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, interpretando-o com seriedade e acreditando não ser mera legislação utópica, condição indispensável à consciência e responsabilidade social, a fim de que se modifique a visão carcerária constatada nas administrações das unidades de internação, primando-se pelo zelo à saúde mental, emocional e psicológica do adolescente, observando valores humanos essenciais, e se buscando a melhor forma de atendimento ao jovem.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda. **Adolescência**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva,

2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualização até a Emenda Constitucional nº 39, de 19-12-2002. 31. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2006.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEL-CAMPO, Eduardo R. A.; OLIVEIRA, Thales C. de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Série Leituras Jurídicas – Provas e Concursos, v. 28. São Paulo: Atlas, 2005.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Internação provisória não é prisão**. Revista Igualdade, Curitiba, v. 10, n. 34, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. **O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e o desafio do trabalho em “rede”**. Disponível em:  
<[http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Sistema\\_Garantias\\_ECA\\_na\\_Escola.pdf](http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Sistema_Garantias_ECA_na_Escola.pdf)>.  
Acesso em: 06 out. 2015.

GOFFMAN, Erwing. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. **O prazo peremptório da internação provisória no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Juizado da Infância e da Juventude, ano III, nº 6/7, Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

GOMES, Rodrigo. **Centros de Internação de Adolescentes estão Superlotados e Insalubres** Disponível em:  
<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/06/centros-de-internacao-de-adolescentes-sao-insalubres-e-apresentam-poucas-oportunidades-4875.html>>.  
Acesso em: 09 jan. 2016.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 14. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

KRAMER, Sônia. **A política do pré-escolar no Brasil: a arte do disfarce**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Juvenil: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2005.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed., ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SJCDH. **Centros de Socioeducação**. Disponível em:

<<http://www.justica.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=247>>.

Acesso em: 09 jan. 2016.

SOUZA, Gilberto Assink de. **Políticas públicas e os efeitos da aplicação de medidas socioeducativas a crianças e adolescentes**. Revista Jurídica Consulex, ano IX, n. 192, 15 jan. 2005.

**ABSTRACT:** This paper intends to discuss diverse aspects of the handling of teenagers in conflict with the law in our country, from the perspective of the Brazilian Federal Constitution of 1988 and the Child and Adolescent Statute (Law 8.069/1990), more specifically, raising the controversies that permeate the social-educational and cautionary detention about Human Rights. For this purpose, a brief

statement of the essential concepts involved in the issue, as well as the indispensable historical approach, are required for a better understanding of the subject. Not being a solely theoretical set, the present work also introduces quantitative data in order to improve the perceptions about the institute and its consequences, supporting the critique. Finally, with focus on doctrinal and jurisprudential positions, this work intends to discuss possible solutions to improve the effectiveness of the aforementioned preventive measure.

**KEYWORDS:** Teenager. Offense. Human Rights. Detention.

## **CAPÍTULO X**

### **CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN**

---

**Gualterberg Nogueira Lima  
Janaina Barcelos Correa**

## CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN

### **Gualterberg Nogueira Lima**

Mestrando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle

Integrante do grupo de pesquisa "Teorias Sociais do Direito", vinculado ao programa de mestrado do UNILASALLE.

### **Janaina Barcelos Correa**

Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle

Integrante do grupo de pesquisa "Constitucionalismo, Administração Pública e Sociedade", vinculado ao programa de mestrado do UNILASALLE

**RESUMO:** O presente trabalho visa detalhar pesquisa em andamento sobre o estudo do Direito e as jornadas populares de junho de 2013, tendo como referencial teórico a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Busca-se verificar como os sistemas sociais atuaram de forma paradoxal em relação as manifestações populares de 2013 a fim de realizar o fechamento sistêmico e acoplamento estrutural. A investigação será realizada mediante pesquisa bibliográfica e empírica. Para analisar este evento inesperado, demandará apresentação da pesquisa empírica do IBOPE/Inteligência que mediu a confiança dos brasileiros nas instituições (sistemas) em geral e nos grupos sociais, refletindo o momento de protestos e críticas que ocorrem pelo país no ano de 2013. A metodologia adotada visa comprovar o funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann, em particular a análise autopoietica de sua teoria dos sistemas sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comunicação Sistêmica. Manifestações Populares. Teoria dos sistemas.

## **1. INTRODUÇÃO**

O tema do presente trabalho tem como escopo apresentar à comunidade acadêmica questionamentos quanto aos movimentos populares de junho de 2013 ocorridos em Porto Alegre/RS, tendo como referencial teórico os ensinamentos de Niklas Luhmann.

Uma das grandes contribuições da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico foi elevar o estudo do direito como um ramo das ciências sociais – a Sociologia do Direito.

A teoria dos sistemas luhmanniana absorve os conceitos de autopoiese dos cientistas chilenos Maturana e Varela (MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos. Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997). Luhmann substitui a teoria dos sistemas abertos pela teoria dos sistemas autopoieticos, para afirmar que os subsistemas funcionais da sociedade são sempre auto-referenciais, ou seja, produzem e reproduzem a si próprios.

Estes constituem seus componentes pelo arranjo próprio desses

componentes, o que constitui propriamente sua unidade e, portanto, seu fechamento autopoietico.

A extensão do conceito de auto-referência do nível agregado da estrutura para o nível dos elementos do sistema constitui, segundo Luhmann, a mais importante contribuição da teoria de Maturana e Varela para o entendimento de todo esse processo.

Neste contexto, tem-se como objetivo geral da presente pesquisa verificar como o sistema direito (e político) atua de forma paradoxal em relação a seus acoplamentos (no caso específico – os novos movimentos sociais), a fim de reduzir a “instabilidade social”. E, como objetivos específicos, busca-se: (a) estudar os fatores que desencadearam esses protestos no Brasil; (b) verificar se houve descrédito, politização ou despolitização em relação às instituições partidárias; (c) como os sistemas (direito e político) reduzem a complexidade e a contingência; e (d) como os sistemas (direito e político) entraram em autopoiese (partidário/não-partidário; lícito/ilícito; governar/não-governar).

## **2. REFERENCIAL TEÓRICO E TRABALHOS RELACIONADOS**

### **2.1. Autopoiese do direito, complexidade Social, fechamento sistêmico e a Politização do não-político**

Para Luhmann (ARNAUD, 2000, p. 166) o sistema social (e o Direito) é um sistema de interações, mas, ao mesmo tempo, é um sistema de comunicações. Luhmann o caracteriza como sendo um sistema fechado e autorreferencial, mas, ao mesmo tempo, como um sistema aberto cognitivamente para o “meio”, este ameaçando permanentemente a existência do próprio sistema.

Como bem salienta José Engrácia Antunes (2005, p.105), a teoria da autopoiesis é capaz de oferecer ao direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autónomo ou um sistema decisional socialmente condicionado, e acrescenta:

"Num tempo caracterizado pela fragmentação da soberania política, pelo eclipse dos conceitos de direito natural, e pelo desencantamento do Estado-Providência, não admira que vários juristas tenham procurado averiguar das potencialidades explicativas da hipótese autopoietica no domínio do próprio Direito. Com efeito, o atual debate em curso na filosofia e teoria do direito parece dominado por um impasse: dum lado, as teorias analítico-formalistas (de que a "Teoria Pura" ainda é paradigma), centradas que estão exclusivamente na positividade do direito, facilmente se alheiam da relação entre o direito e a sociedade; do outro, as teorias sociológicas, tendo prescrutado exaustivamente todo o tipo de interações sociais do direito, não sucederam ainda, porém, a fazer justiça à respectiva autonomia".

Assim, quase todos os acontecimentos do mundo se tornam irrelevantes

exceto aqueles que fomentam ou afetam a preservação deste sistema.

Para explicar e contextualizar a teoria da diferenciação sistêmica, Luhmann (2005, p.105) afirma que:

“A maioria das “sociologias especiais”, que no ensino e na investigação se tornaram frutíferas, ligam-se a sistemas parciais da sociedade funcionalmente diferenciados – assim, por exemplo, a sociologia política, a sociologia da religião, a sociologia econômica, a sociologia da família, a sociologia da ciência, a sociologia da arte, a sociologia da medicina, a sociologia militar. A sua coerência só se pode garantir ainda por meio de uma teoria dos sistemas sociais, que inclui uma teoria da diferenciação sistêmica”.

Em outras palavras, a autopoiese significa a autoprodução de princípios, de cláusulas ou de regras, ou seja, das unidades básicas dos sistemas que dão início à produção dos movimentos subsequentes: sem o desencadeamento do movimento inicial de natureza autopoietica não poderia articular o conjunto dos outros movimentos que caracterizam o sistema.

No caso específico do sistema legal, este retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional, moral etc.

Para ROCHA (2009, p. 14) “a modernidade se relaciona, nessa ótica, com uma reflexão que jamais consegue conciliar dois projetos simultâneos: de um lado, a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social, e, de outro, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada, e o mundo, irrepresentável”.

Como consequência desse novo (re)ordenamento, para Luhmann (1985, p. 45) surgiu a complexidade: quando tem mais de uma possibilidade de escolha. E, uma forma de reduzir a complexidade é o Direito.

Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.

Nessa perspectiva, devido aos métodos de investigação usados nas ciências sociais, surgiram novas formas de observação do Direito e da cultura jurídica no século XXI.

Segundo ROCHA (2009, p. 18) “essa observação diferenciada está sendo chamada de teoria autopoietica [...]. Porém, em grandes linhas, a ideia básica é, realmente, a partir de uma observação autopoietica, fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas como o Direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI.”

No contexto do Direito, este opera a sistemática: Direito/não Direito.

Conforme Luhmann (2009, p. 18) “Lo que se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo”.

Assim, o Direito enfrenta mutações em duas ordens: uma no mundo dos fatos, do que é concreto e do que é palpável, além de ser responsável pelo cotidiano das pessoas; a outra repousa no mundo dos valores, que é a razão de ser, o espírito e o

ânimo de um dado momento e reproduzido pelo legislador.

O primeiro é quantitativo (o Direito externo/não-direito) e o outro é qualitativo (o Direito interno).

A fim de melhor elucidar, dentro da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, MATHIS(SANTOS (2014, p. 15) estabelece a sociedade moderna como sistema de diferenciação funcional:

“Na sociedade global, interpretada como sistema mais amplo de comunicações, diferenciação do sistema significa também, diferenciação da comunicação. Os subsistemas se diferenciam através da elaboração de uma estrutura própria para sua comunicação, usando para isso aquisições específicas da evolução: meios de comunicação simbolicamente generalizados e códigos binários. Podemos enumerar alguns sistemas funcionais e seus códigos binários:

- a política que usa o código binário poder/não-poder ou governar/não-governar;
- a ciência com o código binário verdade/não-verdade,
- a economia com o código binário pagar/não-pagar ou propriedade/não-propriedade,
- a arte com o código binário bonito/feio ou
- direito com o código binário lícito/ilícito.”

O estudo dos sistemas sociais visa se debruçar sobre as transformações do mundo atual, o processo de crise e as consequências advindas delas. Acentua a ideia de que vivemos em um mundo cada vez mais reflexivo, que estimula a crítica ativa e autoconfrontação.

## **2.2. Fechamento sistêmico e a Politização do não-político**

Para explicar e contextualizar o “processo de politização da sociedade”, Canotilho (2006, p. 317) elenca dois modelos:

“ou entendemos a sociedade como um conjunto de sistemas funcionalmente diferenciados (o sistema político, o sistema econômico, o sistema de investigação, etc) ou compreendemos a sociedade como uma sociedade marcadamente política. No primeiro modelo, a democracia é a forma de autodescrição do sistema político, é a forma em que o sistema político se organiza a si próprio. No segundo modelo, a sociedade é uma sociedade fundamentalmente politizada porque nela tudo é política, tudo é concebível como conflito de interesses carecido de decisão, tudo é politicamente aberto, tudo permite a qualquer indivíduo a inclusão política”.

No que concerne ao sistema político em particular, a ideia de fechamento sistêmico parece fácil de conciliar com a circunstância de ser, em grande medida, condicionado por influências provenientes de outros sistemas, como o jurídico, das estruturas econômicas e de fatores sociais.

Algo muito frequente nas sociedades modernas são as pesquisas de opinião pública, feitas com o intuito de averiguar o grau de aprovação social de um governo (legitimidade).

Conforme pesquisa IBOPE, a maioria dos manifestantes de junho de 2013 dizia não se sentir representada por partido (89%) ou político brasileiro (83%), ou seja - apartidários.

O sistema político (e o direito) entrou em autopoiese (partidário/não-partidário; governo/oposição)?

Esse acoplamento estrutural fica mais nítido quando se reconhece, por exemplo, o direito de manifestar (governo/oposição).

Acrescenta Arnaud (2000, p. 167) que “o fechamento sistêmico não significa que o sistema jurídico seja um sistema isolado. Bem ao contrário, o sistema jurídico opera em seu meio e, como resultado disso, a questão que se põe é saber como esse meio exerce influência sobre o funcionamento interno do próprio sistema, e como é possível conhecer as consequências dessa relação com o meio, ao trata-se da própria reprodução do sistema.”

Conforme Rafael Simioni (2012. p. 90):

“todos os sistemas sociais autopoéticos como o Direito disponibilizam um código que garante a identidade do sistema (fechamento operacional) e um conjunto de programas decisórios que garantem a abertura do sistema aos eventos do ambiente. O código do direito é a diferença entre direito e não direito, e os seus programas decisórios são as normas jurídicas, que cristalizam expectativas sociais normativas (leis, precedentes, doutrinas, princípios, convenções etc). A decisão jurídica mantém a sua identidade na medida em que ela faz referência ao código/programa do sistema direito.”

### **2.3. Singular paradigma da sociologia (e do Direito) moderna: os novos movimentos sociais e o ativismo digital**

Ao se debruçar profundamente sobre os movimentos sociais ocorridos após a crise financeira de 2008 (Primavera árabe, Movimento Los Indignados e Occupy Wall Street), o sociólogo espanhol Manuel Castells buscou em sua obra “Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet” compreender as novas formas de manifestações sociais e a sua relação com a internet.

Para tanto, o escritor espanhol acredita que a tecnologia (internet) consiste numa ferramenta construída para atender demandas sociais, econômicas e culturais.

Diante disso, os últimos 20 anos assistiram a construção de veículos de comunicação de massas horizontais, o que conseqüentemente permitiu ao indivíduo construir redes de interação virtual e troca de informações.

Para explicar e contextualizar a mudança do perfil dos militantes no últimos anos, Maria da Glória Gohn (1997, 340) afirma que:

“Nos anos 60, 70 e 80 os militantes não dissociavam sua vida particular da atuação nos movimentos, e estes eram associados à política. A militância esteve a inflamada pela paixão: paixão pela política, sendo Gramsci o grande teórico a alimentar a crença daquela paixão. A paixão levava ao engajavam em causas coletivas que exigiam grande disponibilidade de tempo, um quase total despojamento dos desejos e vontades pessoais e uma entrega quase completa às causas que eram definidas e estruturadas para os movimentos. O cotidiano do militante era portanto bastante contraditório: de um lado inflamado pela paixão, de outro permeado por alto grau de racionalismo expresso na execução de tarefas cotidianas. Nos anos 90, os antigos militantes envelheram, ou cansaram-se dirigentes de organizações, parlamentares etc. E não se formaram novos quadros de militantes. Os poucos novos que surgiram passaram a atuar de forma radicalmente diferente. O slogan "o importante é ser feliz" é bastante ilustrativo. Ninguém quer mais sobrepor os interesses do movimento aos de sua vida pessoal, particular. A militância passou a ser mais seletiva e qualitativa. A militância quantitativa - que dava visibilidade aos movimentos nas ruas, na mídia etc. - reduziu-se consideravelmente ou simplesmente desapareceu. Estamos apenas constatando as novas opções dos mais jovens. Usualmente, nos anos 90 se participa de causas coletivas quando estas causas têm a ver com o mundo vivido pelas pessoas, e não porque esteja motivadas pelas ideologias que fundamentam aquelas causas. Os militantes olham mais para dentro de si próprios. Deixam a paixão pelo coletivo em segundo plano e buscam suas próprias paixões”.

Em análise sobre os movimentos sociais e o comportamento coletivo sob a ótica do funcionalismo - a partir da análise da teoria estrutural-funcionalista, Gohn (1997, 39) destaca que para "Parsons existem quatro dimensões básicas dos sistemas de ação: adaptação, consecução de metas, latência ou manutenção de padrão e integração, cada uma desempenhando uma função estrutural na sociedade. Curiosamente, o desenvolvimento do sistema de ação social parsoniano não leva ao desenvolvimento do ator ou agente de ação, mas ao do sistema social, por meio do desenvolvimento das ações individuais, ou seja, pelos papéis de status que aqueles indivíduos passam a desempenhar.”

Já segundo JACOBI (2007, p. 316-317):

“Os motivos que permitem o avanço do que se convencionou chamar de movimentos sociais transnacionais organizados em redes estão associados às mudanças organizacionais, políticas e tecnológicas, o que pode ser observado pela perda da capacidade dos Estados nacionais em restringir e estruturar ação coletiva, pelo surgimento de uma rede de comunicação social global e pelas oportunidades políticas nacionais que ampliam as questões ao nível das oportunidades transnacionais. Observa-se uma crescente globalização não só das agendas de muitos movimentos, mas também das formas de luta, notadamente a partir da incorporação das novas tecnologias da informação. Isto possibilita a formação de networks locais, nacionais e transnacionais.”

### 3 Novo momento histórico: As manifestações populares de 2013 no Brasil

Na obra *As Regras do Método Sociológico*, Émile Durkheim (1984, p.11) estabelece sua metodologia de análise e define o fato social como objeto de estudo da sociologia, ressaltando o papel dessa ciência na sociedade contemporânea e na relação entre indivíduo e sociedade.

Entende que a consciência coletiva se torna fora do indivíduo, possuindo poder de coagir as consequências individuais.

Neste sentido, é significativa a noção do fato social (consciência coletiva) elaborada por Durkheim (1984, p.11):

“É fato social toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é igual na extensão de uma sociedade dada, aparentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”.

Existem diversas formas de se determinar um fato social, e uma delas é por meio da análise empírica.

O fato social, conforme Emile Durkheim, deve representar "um certo estado de espírito coletivo".

Algo muito frequente nas sociedades modernas são as pesquisas de opinião pública, feitas com o intuito de averiguar o grau de aprovação de políticas sociais de um governo (legitimidade).

Com o objetivo de levantar informações sobre a diversidade de matizes ideológicas e o perfil dos participantes das manifestações que aconteceram no Brasil, o IBOPE Inteligência ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de junho de 2013.

Na pesquisa, a maioria dos manifestantes dizia não se sentir representada por partido (89%) ou político brasileiro (83%). Entre os entrevistados, 96% alegaram não ser filiados a nenhum partido político e 86% não eram filiados a nenhum sindicato, entidade de classe ou entidade estudantil.

Quando questionados sobre quais as reivindicações que os levaram às ruas, 38% dos entrevistados apontaram a questão do transporte público como primeiro motivo de mobilização.

Este fenômeno social representou o ceticismo em relação às instituições partidárias.

Em meio a esses fatos, houve emprego de Forças Policiais durante as manifestações de junho de 2013, mas também constata que, à medida que os protestos se intensificaram, saques e episódios de vandalismo também aumentaram, embora a grande maioria das pessoas nas ruas fosse pacífica.

A ação desproporcional das polícias militares, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, “virou” a opinião predominante na opinião pública, refletida na imprensa.

As manifestações de junho de 2013, grande parte delas protagonizadas por jovens estudantes, nasceram nas redes sociais. Os fatos que desencadearam esses

protestos são variáveis e (re)questionaram o sistema político e a representatividade partidária.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2013), renomado autor de estudos sobre emancipação social, direitos coletivos e democracia participativa, as manifestações populares ocorridas no Brasil em junho de 2013 marcaram um novo cenário histórico do país, devido a sua originalidade quanto à diversidade ideológica, a multiplicidade de interesses antagônicos dos diversos grupos sociais participantes e um movimento de bandeira antipartidarista.

Acrescenta o sociólogo português que a onda de indignação que tomou as ruas do país tem como “pano de fundo” as mudanças vividas pela sociedade brasileira nas últimas décadas e a classe média, afirma, cresceu e com ela as demandas dos cidadãos por melhores serviços públicos ganharam força.

Destarte, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (art. 5, inc. XVI, da Constituição Federal de 1988).

Para ROCHA (2009. p. 19) “a sociedade criou, autoproduziu, comunicações; pode-se-ia dizer, em uma outra perspectiva, linguagens ou modelos, mas prefere-se dizer que surgiram sistemas. Sistemas que ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado.”

No caso específico do sistema legal, este retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político (governo/oposição), econômico (pagar/não-pagar, etc).

### **3. METODOLOGIA**

A investigação será realizada mediante pesquisa bibliográfica e empírica (documental e questionários).

Para analisar este evento inesperado, demandará a elaboração de 100 (cem) questionários junto aos manifestantes das jornadas de junho de 2013, com 10 a 15 questões; apresentação da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal/STF sobre o direito à livre manifestação; e apresentação da pesquisa do IBOPE Inteligência que ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de junho de 2013.

A metodologia adotada visa comprovar o funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann, em particular a análise autopoietica de sua teoria dos sistemas sociais.

### **4. RESULTADOS E DISCUSSÕES**

Busca-se com o trabalho a ser apresentado uma resposta baseada em dados

empíricos, quanto ao uso da Internet no Brasil e os reflexos nos novos movimentos sociais. As discussões serão: (a) estudar os fatores que desencadearam esses protestos; (b) verificar se houve descrédito, politização ou despolitização em relação às instituições partidárias; (c) como os sistemas (direito e político) reduzem a complexidade e a contingência; (d) como os sistemas (direito e político) entraram em autopoiese (partidário/não-partidário; lícito/ilícito; governo/oposição); (e) como surgem as decisões políticas e jurídicas de mais influência sobre as vidas cotidianas; (f) como surgem as esferas informais de poder (politização do não-político); (g) como o direito pode lidar com os novos movimentos sociais enquanto realidade social.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é polêmico e atual, pois envolvem reflexões sobre as manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013, grande parte delas protagonizadas por jovens estudantes, que vieram (re)questionar o sistema jurídico-partidário (governo/oposição).

O estudo dos sistemas sociais de Luhmann visa se debruçar sobre as transformações do mundo atual, como se reduz o processo de crise e as consequências advindas delas.

Em meio a essas reflexões, acentua a ideia de que vivemos em um mundo cada vez mais reflexivo, que estimula a crítica ativa e autoconfrontação.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Feriñas. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Globalização e direito. Impactos nacionais regionais e transnacionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTELLS, Manuel. Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2013.

\_\_\_\_\_. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Interpretação do direito e movimentos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. GLU: Glossario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos

Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNÁNDEZ TORRES, María Jesús. Movimientos sociales y acción colectiva: pasado y presente Pamplona: EUNSA, 2015.

GALLIANO, Guilherme. Introdução à Sociologia. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1981.

GIDDENS, LASH, SCOTT. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele Salida Rizek. São Paulo: Editora da UNESP, 2012.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_ Artigo: A Sociedade Brasileira em Movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais. Caderno CRH, Salvador, v. 27, n. 71, p. 431-441, Maio/Ago. 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 74-84, jan./jun., 2015.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JACOBI, P. & MONTEIRO, F. (2007). Redes sociais. In: FERRARO Jr. L.A (org.). Encontros e caminhos – Vol.12: Formação de educadoras (es) ambientais e coletivos educadores. Brasília: MMA/Departamento Educação Ambiental, p. 315-321.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Trad. Gustavo Bayer. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_ La sociedad de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Editorial Herder, 2006.

\_\_\_\_\_ El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrete, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_ Confianza. Barcelona: Anthropos; México: Universidad

Iberoamericana; Santiago do Chile: Instituto de Sociologia da Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

\_\_\_\_\_ Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 138 p., 1997a

\_\_\_\_\_ A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997b, 111 p.

\_\_\_\_\_ ¿Qué es comunicación?, Revista Talón de Aquiles, N° 1, 1995, pp. 7-11 Disponível em <http://conocimientoysociedad.blogspot.com>. Acesso em: 01 de março de 2016.

\_\_\_\_\_ (1987) La Diferenciación Evolutiva Entre Sociedad e Interacción. Disponível em [http://www.ual.edu.mx/Biblioteca/Teoria%20Social%20IV/Pdf/Unidad\\_04.pdf](http://www.ual.edu.mx/Biblioteca/Teoria%20Social%20IV/Pdf/Unidad_04.pdf). Acesso em: 01 de março de 2016.

\_\_\_\_\_ Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, 414p.

\_\_\_\_\_ O enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Seqüência, Revista n° 28, Jun/1994.

\_\_\_\_\_ [1995]. Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010

MATHIS, Armin. O Conceito de Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: Portal da Revista Iberoamericana de Comunicación. Disponível na URL: <http://www.infoamerica.>, p. 15. Acesso em: 01 de março de 2016.

\_\_\_\_\_ Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

NAFARRETE, Javier Torres y PADILLA, Guillermo Zermeño: Entrevista a Niklas Luhmann, Estudios Sociológicos X: 30, 1992, p. 789-806.

NEVES, Clarissa E.B. Niklas Luhmann e sua obra. In: LUHMANN, Niklas. A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, 111 p.

NEVES, Clarissa, NEVES, Fabricio. O que há de complexo no mundo complexo?

Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 15, , p. 182-207, jan/jun 2006.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SANTOS, José Manuel (org.). O pensamento de Nikla Luhmann. Covilhã/Portugal: Universidade da Beira Interior, 2005.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

SCHWARTZ, Germano; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). O direito e as ações políticas: a juridicização das esferas sociais e seus policontextos jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_ Direito e rock: o BRock e as expectativas normativas da constituição de 1988 e junho de 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>. Acesso em: 01 de março de 2016.

75% dos brasileiros são favoráveis às manifestações públicas. CNT-IBOPE

BRASIL . IBOPE Inteligência. Pesquisa de Opinião Pública sobre as manifestações: JOB0948/2013. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB\\_0948\\_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf)>. Acesso em: 01 de março de 2016.

## **CAPÍTULO XI**

### **CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE**

---

**Alexandre de Mendonça Nascimento**

## CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE

**Alexandre de Mendonça Nascimento**

Universidade Estadual de Londrina

Londrina - Paraná

alexandredmn@gmail.com

**RESUMO:** O presente artigo analisa, a partir da filosofia de Friedrich Nietzsche: a) os fundamentos e as consequências da busca da verdade absoluta no processo penal em tempos de niilismo; b) a linguagem enquanto metáfora e a crença nela dentro do processo penal; c) a vontade de poder enquanto princípio do ser do ente e sua consequência na prática penal interpretativa. Objetiva-se, com isto, demonstrar a grave afronta aos direitos humanos dentro do processo penal pautado pela busca da verdade real, uma vez que o humano é reduzido a conceitos linguísticos frutos das vontades de poder do acusador e do julgador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nietzsche e Processo Penal. Nietzsche e Direitos Fundamentais. Perspectivismo e Processo Penal.

### INTRODUÇÃO

O processo judicial (penal e civil) funda-se na ideia de que os institutos do direito instrumental são aptos a atingir a verdade dos fatos. Alcançada esta, pode o juiz decretar uma sentença justa.

Ocorre, todavia, que os fatos não são apreensíveis em sua totalidade pelo ser humano. Destarte, desde a experiência das partes até a sentença definitiva pelo juiz com resolução de mérito, os fatos são interpretados diversas vezes, distanciando-se os autos da primeira realidade experimentada pelas partes.

Ademais, as provas, presunções e a própria sentença encerram em si a ideia de que são capazes de atingir a verdade absoluta, quando, na verdade, o Direito impõe restrições a si próprio na busca pela verdade, e a sentença sempre se pauta no papel (hoje autos digitais) do processo. Com isto, a verdade é sempre produzida pela vontade de poder dominante; nunca descoberta. Enquanto o Direito limita certas interpretações inconstitucionais; a linguagem jurídica, por outro lado, burla essas limitações, criando verdades totalmente diversas daquilo que ocorreu - e contrárias aos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Frente isto tudo, necessária, urgente e atual é a crítica do filósofo alemão Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900) à ideia de verdade absoluta. Além das consequências que o niilismo, em suas diversas formas constatadas pelo filósofo, traz à modernidade, também se analisa neste artigo seu conceito de perspectivismo fundado na vontade de poder, de maneira a demonstrar que o réu no processo penal

- a parte mais débil - é frequentemente desrespeitado em seus direitos fundamentais, reduzindo-se o humano-réu a coisa-ré, por intermédio de artifícios linguísticos e interpretativos.

Nietzsche, eminentemente em sua filosofia madura (a partir de 1882, com a publicação da segunda edição de *A Gaia Ciência/ Die fröhlich Wissenschaft*), é utilizado como marco teórico essencial para o desenvolvimento do presente trabalho. Tecem-se, fundamentando-se nos principais conceitos nietzscheanos, os contornos de uma análise hermenêutico-filosófica, cuja implicação é o apontamento da insustentabilidade das verdades punitivistas absolutas no Direito Processual Penal e das presunções fundadas na crença na linguagem jurídico-penal, porquanto desumanizam o réu e desrespeitam o devido processo legal, em clara afronta aos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

## 1. CONCEITO E FINALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2005, p.59), direito processual é "o conjunto de normas jurídicas voltadas à regulamentação da atividade jurisdicional". Este conceito ainda se mostra obscuro caso não seja esclarecido o que se entende por "jurisdição". Jurisdição é a atividade estatal na qual o Estado substitui as partes para, assim, decidir imperativamente sobre algum litígio, pacificando, destarte, o conflito social. Nas palavras dos autores da clássica obra *Teoria Geral do Processo* (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2007, p. 31):

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação social com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através dele seu poder.

Por mais conflituosa que seja a conceituação de justiça dentro da tradição da Filosofia platônico-ocidental, ela sempre corresponde, de alguma forma, à verdade, ou seja, à única decisão possível com base no conhecimento da ideia. Essa é a última fala de Sócrates (Platão) a Glauco no *Diálogo da República*: depois de a alma beber do rio Lete, ela se esquece de suas memórias. Contudo, aquela que dele não bebe, ao reencarnar-se em corpo, não se esquecerá do mundo ideal, verdadeiro, e com tal conhecimento poderá ser justo:

Portanto, se acreditas em mim, crendo que a alma é imortal e capaz de suportar todos os males, assim como todos os bens, nos manteremos sempre na estrada ascendente e, de qualquer maneira, praticaremos a justiça e a sabedoria (PLATÃO, 1997, p.352)

Com os devidos cuidados, as tradições da justiça e da verdade continuam as mesmas até Nietzsche - filósofo revolucionário ainda ignorado pelo Direito.

Pela razão, acessa-se um mundo ideal, perfeito, e a partir dele se sabe como agir justamente neste mundo aparente, ludibriador da essência e imperfeito. O fundamento da imperatividade da jurisdição penal e do processo judicial penal é essa mesma verdade perfeita, consubstanciada na crença na Justiça do processo.

Pois não busca o processo judicial a verdade dos fatos alegados? Justamente aquela posição de verdade platônica será contestada - sob óptica nietzscheana - no decorrer do presente artigo, e, conseqüentemente, o fundamento e o objetivo do processo. Mostrar-se-á, também, a incongruência de duas espécies de verdade a diferenciar processo penal de processo civil.

## 2. VERDADE FORMAL E VERDADE MATERIAL

A primeira nota distintiva - talvez a mais frequente nos livros, manuais, artigos e aulas de graduação de Processo Penal, Processo Civil e Teoria Geral do Processo - entre processo civil e processo penal é a das verdades diferentes nas quais se sustentam.

O processo civil se contenta - quando não há interesse público acima do litígio privado - com a verdade formal, qual seja: aquela verdade limitada pelos autos, pois o juiz apenas considera e valora o que foi trazido aos autos, submetendo-se, também, a ficções, tais como as presunções (p.ex. arts. 261 e 285 do CPC), sendo a mais drástica a presunção de veracidade dos fatos em face de revelia. O juiz carece de poder probatório, seria mero espectador, segundo a doutrina clássica.

Humberto Theodoro Júnior (2013,p.42), contudo, argumenta que há uma crescente publicização do processo civil com ganhos de poderes pelo juiz na busca da verdade, sendo, hodiernamente, o direito instrumental civil pautado pela verdade real.

O processo penal, por seu turno, compromete-se com a verdade real/material, qual seja: a verdade formada a partir das provas levadas aos autos pelas partes juntamente com aquelas requisitadas ex officio pelo juiz (art. 156, I e II, do CPP), não havendo que se falar em presunção de veracidade diante da revelia.

Destarte, o juiz, antes espectador no processo civil, no penal passa a ser atuante, determinando e valorando livremente as provas. Desta dialeticidade tríplice entre autor, réu e juiz surgiria uma verdade absoluta, real, material. Qualquer dúvida, por mínima que seja, deveria absolver o réu - in dubio pro reo (art. 5º, LVIII, CF).

Assim, a verdade formal predomina no processo civil; enquanto a busca pela verdade material, no processo penal, legitima um juiz-acusador, como será demonstrado mais adiante, ferindo-se frontalmente os direitos fundamentais da presunção de inocência (art.5º, LVII, CF); do julgamento por juiz imparcial (art.5º, XXXVII, CF e art.X da Declaração Universal dos Direitos do Homem) e do devido processo legal - contraditório e ampla defesa - (art.5º,LIV, CF e art.8º do Pacto de São José da Costa Rica, além de afrontar o sistema processual penal acusatório.

### 3. INCOERÊNCIA DE DUAS VERDADES NA TRADIÇÃO PLATÔNICO-OCIDENTAL DA VERDADE ÚNICA

A verdade, desde Platão, define-se como aquilo que é. O ser do ente é a verdade, em termos heideggerianos. Em outras palavras, verdade é tudo aquilo que é imutável, constante, eterno, perfeito, uno, que sempre é.

A cultura ocidental, desde a Grécia platônica, pauta-se por este conceito de verdade. Platão instaurou a verdade como sendo ideia. Tudo que aos sentidos se apresenta é imagem desfigurada do mundo das ideias. Pela razão, seguindo o método dialético, pode o homem se livrar do mundo sensível, falso, aparente, e atingir a verdade que repousa no mundo ideal.

Essa doutrina filosófica é então transmutada e absorvida pelo cristianismo. Agora não apenas de forma filosófica, mas religiosa, a oposição entre mundo aparente e mundo verdadeiro ganha contornos e fundamentos. Todo o sensível é enfim negado, posto como pecaminoso, em favor de uma verdade suprassensível, antes a ideia, agora Deus. Segue-se daí a famosa frase de Nietzsche em *Além do Bem e do Mal* (2001a, p.8): "pois o cristianismo é platonismo para o 'povo'"

O homem moderno, contudo, não mais se satisfaz com a metafísica religiosa e acaba substituindo Deus pela ciência. Este mesmo homem moderno, ateu, científico, antimetafísico não percebe, contudo, que sua Ciência requer pressupostos, justificações, tautologias que se mostram metafísicas, dando assim fundamento e direção à ciência. A ciência necessita de fé (Idem, 2013, III, 24, p142).

O niilismo, todavia, persiste após a proibidade intelectual questionar seus próprios fundamentos - algo que Nietzsche chama de catástrofe da razão, em virtude da vontade de verdade (GIACOIA Jr, 2013, pp. 233-237).

Niilismo é o fato histórico fundamental da humanidade e também da filosofia de Nietzsche. Ele o define como desvalorização dos valores supremos. No entanto, Nietzsche não usa o termo apenas no sentido tradicional - a descrença em todos os valores - mas também o utiliza para caracterizar toda crença absoluta num ideal não mundano, negador da expansão das possibilidades da vida e da arte enquanto criação de uma vontade de poder saudável. Exemplos são o niilista que não admite nenhum valor em-si, mas também o religioso, asceta, que crê num mundo superior negando as possibilidades da Terra para com a vida física, "pecaminosa".

O homem, todavia, sem Deus e agora sem a Ciência como medidas de valores absolutos, desespera-se. "Meu Deus, por que me abandonaste/ se sabias que eu não era Deus/ se sabias que eu era fraco"( DRUMMOND, 2015, p. 10). Deus passa a ser substituído por diversos valores e ideais absolutos, unos, "verdadeiros", é a "substituição do Deus cristão por um outro ideal, a razão, o progresso, o socialismo 'econômico-social', a simples democracia" (HEIDEGGER, 2014, p.311). Defende-se aqui que a utopia da verdade processual também é uma forma de niilismo e de crença, pois limitado é o ser humano. Ademais, alguns recorrentes conceitos jurisprudenciais também são niilista-negativos, pois determinam verdades (periculosidade concreta, p.ex, como fundamento de prisão preventiva) sem fundamentos, a fim de punir, higienizar e castigar o réu, expiando seu crime, mesmo

que em afronta ao direito fundamental de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado. Ou seja, muitas vezes cria-se uma verdade, atribuída como predicado inerente e imutável do réu, com o fim (mera crença) de se fazer do Direito Penal instrumento de retribuição e arrependimento do preso e de salvaguarda da sociedade.

Em qualquer de suas formas, o estabelecimento de uma verdade admite apenas ela própria naquele sentido de verdade como mesmidade. É o princípio lógico fundamental aristotélico da não contradição. O capitalismo não admite o socialismo, a Ciência não admite Deus como fato criador, a democracia não admite a monarquia absolutista. A verdade não admite a inverdade.

Como, todavia, pode a verdade admitir duas categorias, a material e a formal? Seria como admitir uma verdade perfeita e outra imperfeita. Uma verdade mais verdadeira e outra menos. Reside aí a contradição inerente aos conceitos de material e formal. Nega-se toda a história da busca do ser, e mais ainda, nega-se o princípio da não contradição, instaurando-se no processo judicial duas verdades sem quaisquer fundamentos, seja objetivo, seja metafísico. Insustentável é o alicerce dessas duas categorias, pois não o há; a doutrina sequer tenta demonstrá-lo pois não percebe a incoerência, e isto acaba influenciado todos os atos processuais, que revestem-se da veracidade formal ou real, fundamentando-se sem qualquer alicerce.

O problema ocorre quando conceitos produzidos imperfeitamente no processo penal tornam-se verdades absolutas descobertas pelos despachos e decisões do juiz, amiúde (mas não sempre) em relação promíscua com a acusação.

#### 4. CONCEITO DE FATO

O processo judicial, penal ou civil, lida com fatos. Grosso modo, aos fatos aplica-se o direito cabível. Apresentados os fatos, provados, eles se subsumem à norma válida para o caso. O que, contudo, é fato? A melhor conceituação foi dada pelo primeiro Wittgenstein em seu *Tractatus Logico-Philosophicus* (1994, aforismos 1-2.012):

1. O mundo é tudo que é o caso. 1.1 O mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas. 1.11 O mundo é determinado pelos fatos, e por serem todos os fatos. 1.12 Pois a totalidade dos fatos determina o que é o caso e também tudo que não é o caso. 1.13 Os fatos, no espaço lógico, são o mundo. 1.2 O mundo resolve-se em fatos. •2 O que é o caso, o fato, é a existência de estados de coisa. 2.01 O estado de coisas é uma ligação de objetos (coisas). 2.011 É essencial para a coisa poder ser parte constituinte de um estado de coisas. 2.012 Na lógica, nada é casual: se uma coisa pode aparecer num estado de coisas, a possibilidade do estado de coisas já deve estar prejudgada na coisa.

O mundo resume-se, destarte, no caso. O caso é a totalidade de fatos, e a totalidade de fatos é a totalidade lógica das concatenações possíveis dos objetos. O caso é o estado de coisas que ocorre.

Na vida, o humano enxerga a partir de si próprio o mundo. A finitude do homem se depara com a totalidade do mundo. Não pode, assim, triunfar um conhecimento pleno do que ocorre, pois, como já escrito alhures, o homem não é Deus.

Ocorre que, se na vida o humano tem uma percepção limitada do mundo, e por isso dos fatos; no processo são apresentados, seletivamente, fragmentos das porções que as testemunhas, vítimas, advogados, promotores, defensores conhecem. Apesar do alto teor teórico deste artigo, não se pode olvidar a prática forense, pois movida por interesses (condenação/absolvição), é assim que ocorre, pois o interesse é inerente ao direito, sendo os próprios direitos subjetivos comumente conceituados como interesses juridicamente protegidos e, ademais, via de regra, cada parte busca uma justiça peculiar ao seu interesse.

Sobre a totalidade dos fatos, Nietzsche demonstra a eternidade passada e futura de cada ação presente. Desta feita, toda ação é histórica e interligada, todo fato é encadeado em outros milhares de fatos.

se se considera que toda acción humana, e não apenas un libro, convierte-se de cierto modo en causa de otras acciones, decisiones, pensamientos, e que todo que se faz se enlaza indisolublemente con o que se hará, reconoceremos a verdadera inmortalidad que existe, a do movimento: o que uma vez fora posto em movimento está na cadeia total de todo o ser, como um inseto no âmbar, encerrado e eternizado (si se considera que toda acción humana, y no solamente un libro, se convierte en cierto modo en motivo de otras acciones, decisiones, pensamientos, y que todo lo que se hace se enlaza indisolublemente con lo que se hará, reconoceremos la verdadera inmortalidad que existe, la del movimiento: lo que una vez ha sido puesto en movimiento está en la cadena total de todo el ser, como un insecto en al ámbar, encerrado y eternizado.)(1984a, aforismo 208, p. 157. Tradução livre do autor).

Dadas as devidas limitações e focos de cada pensador, notamos aqui o enlaçamento da questão do fato entre Nietzsche e Wittgenstein. Este não foi aqui citado por mero arbítrio, mas sim pelas semelhanças que seu pensamento guarda com o do filósofo alemão, e ainda pela razão de os aforismos do Tractatus serem mais claros. Entendidos estes, entende-se o supra transcrito de Humano, Demasiado Humano I.

O primeiro Wittgenstein, no entanto, era um positivista convicto, querendo tornar a linguagem perfeita, corresponde a cada objeto, e assim eliminar todas as questões filosóficas que eram fundadas na imperfeição da linguagem. Para ele era possível conhecer toda a imanência do mundo, e tudo que fosse metafísico não deveria sequer ser pensado, pois "sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar" (WITTGENSTEIN, 1994, aforismo 7, p. 281).

Todavia, no quesito linguagem, Nietzsche vai destruir a possibilidade de a linguagem traduzir a imanência dos objetos. E é esta crítica que deve ser incorporada aos juristas, a fim de frear os desmandos do processo penal contra os direitos fundamentais do humano.

Ademais, há outra razão para o Wittgenstein do Tractatus figurar aqui. Sua obra positivista exerceu enorme influência no Círculo de Viena, grupo de intelectuais que diferiram seus pensamentos pelas décadas seguintes - tal como Hans Kelsen - sendo o positivismo ainda muito expressivo e explícito no meio forense, seja nas provas, presunções, petições, sentenças e no próprio linguajar da prática jurídica. A crença na perfeição da linguagem técnica e na lógica fria ainda impera entre juristas brasileiros.

## 5. PROVA, PRESUNÇÃO, SENTENÇA

O objeto da prova é o fato que enseja direito subjetivo/potestas puniendi, o destinatário é o magistrado, e a finalidade é a demonstração da veracidade dos fatos alegados para formação da convicção do julgador (art. 155 do CPP).

A prova é meio pelo qual se atesta a veracidade de um fato capaz de produzir direitos subjetivos/poder de punir que permeiem o litígio a ser solucionado.

A prova possui dois aspectos - objetivo e subjetivo . No sentido objetivo, a prova é instrumento hábil para demonstrar a existência do fato narrado. Em sua significação subjetiva, a prova é um meio processual capaz de gerar a certeza (estado psíquico do juiz), ou seja, é a formação de um estado de espírito (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 461).

Nos autos do processo são apresentadas as provas que ensejam a demonstração da real ocorrência dos fatos narrados na exordial, na resposta à acusação, nas alegações finais. O surpreendente, no entanto, é que ambas as partes opostas do processo - autor e réu - podem apresentar provas contrárias para o mesmo fato.

As provas, todavia, produzidas pelas partes ou determinadas ex officio pelo juiz (art. 156, II, do CPP), atestam a veracidade do pequeno fragmento fático levado aos autos. O documento, a testemunha, os informantes, a foto, o vídeo sempre representam uma fração da realidade objetiva interpretada por um ponto de vista, um mero canto no espaço interpretativo, marginal à subjetividade inerente à conduta humana das partes.

Diante de todo esse sistema processual que cria presunções absolutas e relativas e prova fragmentos de fatos objetivos, o juiz decide o litígio. O ato processual da decisão de mérito que põe fim ao processo é chamado de sentença (do latim sentire - sentir).

A sentença resume os autos, os quais já são um resumo parcial da realidade, apresenta os motivos da convicção do magistrado e enfim segue-se a parte dispositiva. Desta maneira, diante de uma realidade incompleta e feita de papel (autos), o juiz sente o que lhe convence, motiva o ato processual final e, por fim, sentencia, resolvendo judicialmente o litígio e criando assim uma nova verdade."Assim sendo, julgo procedente/improcedente/culpado/inocente". Em outros termos: "assim sendo, julga-se assim, porque assim é; pois o que é não pode não ser; frente o exposto, esta é a única decisão cabível". Tem-se, ao fim de todo

processo, a criação de uma verdade que obedece à tradição platônica e ao princípio aristotélico da não contradição.

Ao mesmo tempo que a norma cria balizas de interpretação da realidade, as partes também são responsáveis pela narração que se dá nos autos, e o juiz, por seu turno, ao sentenciar, produz (jamais descobre) uma verdade, e, quando transita em julgado, esta verdade torna-se inconteste.

## 6. VONTADE DE PODER COMO PRINCÍPIO INTERPRETATIVO

"O mundo visto por dentro, definido e determinado por seu "caráter inteligível" seria — precisamente "vontade de potência" e nada mais"(NIETZSCHE, 2001a, aforismo 36).

"Este mundo é o mundo da vontade de potência e nada mais. E vós também sois esta vontade de potência e nada mais" (Idem, 2008, aforismo 385).

Estas duas passagens da obra de Nietzsche rompem com a tradição metafísica de um fundamento primordial que existe para além do mundo. Com a morte de Deus, a distinção ontológica em dois mundos perde o sentido.

A partir de agora o fundamento dos viventes, dos humanos, é a vontade de poder. A essência, o ser do ente, é vontade de poder (HEIDEGGER, 2014, p.802).

O sujeito, o ser, é vontade de poder, e vontade de poder é interpretar para se assenorear. Não há, portanto, distinção entre sujeito, vontade de poder e interpretação. As três coisas são uma só. A vida é isto, o mundo é isto.

Vontade de poder, em realidade, são as diversas vontades que atuam no interior do humano, e neste jogo eterno de embate de forças, aquelas que conquistam o poder e dominam as outras vem à tona no mundo como interpretações conscientes.

A Ciência é resultado da vontade de poder, na sua forma de vontade de dominação da natureza. A religião é a vontade de poder na forma de salvação da alma e dotação de sentido à existência.

E os sujeitos do processo penal, enquanto seres viventes e existentes no mundo, não escapam à lógica da vontade de poder.

A vontade da acusação é óbvia, assim como a da defesa. Punir e não punir.

E a figura do magistrado? Imparcial, preestabelecido e desinteressado? Até mesmo o magistrado não pode escapar à vontade de poder, pois esta é seu ser. O magistrado também interpreta e sentencia conforme sua vontade de poder; sendo a sentença, mesmo para o principal positivista do século passado - Hans Kelsen - ato de vontade do juiz (KELSEN, 2000, p. 392-395).

A vontade de poder, contudo, quando tende ao punitivismo, deve esbarrar e ser impedida pelos direitos fundamentais. Isto soa óbvio em um sistema de Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição que positivou direitos humanos. Mas, mesmo assim, a vontade de poder punitiva, por artifícios da linguagem, ao criar "verdades" sobre o réu, permite tratamentos desumanos ao arrepio dos direitos fundamentais.

## 7. FATOS COMO INTERPRETAÇÃO

Contra o positivismo, que permanece no fenômeno: 'só há fatos'; diria eu: não, justamente não há fatos, apenas interpretações. (Gegen den Positivismus, welcher bei dem Phänomen stehen bleibt „es giebt nur Thatsachen“, würde ich sagen: nein, gerade Thatsachen giebt es nicht, nur Interpretationen.) (NIETZSCHE, eKGWB/NF-1886,7[60])

A frase em epígrafe é icônica e condensa, de forma usual, todo um complexo de conceitos e ideias de Nietzsche. A frase se mostra por demais rasa e clara. Assim é, contudo, a forma de escrever do filósofo em questão. A clareza e a aparência de superficialidade, todavia, escondem grande profundidade. Buscar-se-á esclarecer este fragmento póstumo de acordo com a doutrina madura nietzscheana, criticando-se, ao mesmo tempo, a busca pela verdade real no processo penal.

Nietzsche estabelece o devir, o vir-a-ser como princípio regente do mundo (Heidegger, 2014, 386). Tudo é mutável, perece e momentâneo; todavia, há uma necessidade em todos os acontecimentos do mundo. Para Nietzsche, pode-se dizer, o caso wittgensteiniano seria sempre necessário. Frente a este eterno devir o homem angustia-se, desestabiliza-se, ressentido-se. Surge então a necessidade de fixação sobre o devir. O ser deve subjugar o devir. Mas o filósofo do martelo prega o amor fati, o fatalismo russo (NIETZSCHE, 2008a, aforismo 6, p.19). A grande afirmação, o dizer sim à vida em sua constante mudança (idem, 1984, I, das três transformações, p. 40).

Está aí a doutrina para a superação do niilismo e de todo ressentimento, a superação dos embustes metafísicos. Está no reconhecimento e na aceitação do devir a santa afirmação da própria existência. Não há mais mundo aparente e mundo verdadeiro. Há apenas mundo. Este é um dos significados da morte de Deus: não há mais a cisão ontológica entre coisa-em-si e superfície fenomênica (Cabral, 2015, p.23).

Diante do devir, como pode o humano subsistir? Ele deve fixar o devir, o ser sobre o vir-a-ser, sabendo, contudo, que produz uma verdade pautada em valores morais e históricos. Conhecer, para Nietzsche, não é desvelar a cortina que encobre a verdade; pelo contrário, é criar verdades não a partir do conhecimento, mas a partir da esquematização do caos. Esquematizar é impor regularidade e forma ao caos, pois assim se satisfaz o carecimento prático (HEIDEGGER, 2014, p. 387-400). O caráter do mundo é o caos (NIETZSCHE, 2011, aforismo 109, p.135), e o carecimento prático é a razão humana.

Destarte, a criação artística de valores, verdades e juízos, ainda que falsos, é necessária. Nietzsche denomina essas verdades de espécies fundamentais de erro - são condições da própria vida (Idem, 2001a, I, aforismo 4, pp. 13-14).

A questão que se põe agora é: há fatos, porém o homem sempre está inserido nesta cadeia factual caótica devenida, de modo que não pode enxergar os fatos, o caso, de forma neutra. O sujeito enxerga a si mesmo no mundo e o mundo reflete-se também no sujeito. Em Humano, Demasiado Humano II (Idem, 2008b, aforismo 387, p 153):

Erro do ponto de vista, não do olhar. — Sempre vemos a nós mesmos um tanto perto demais; e o próximo sempre um tanto longe demais. Então sucede que o julgamos muito globalmente, e a nós mesmos muito de acordo com traços e eventos ocasionais, irrelevantes.

Desta feita, a vítima/réu apresenta uma visão particular de si e dos fatos; o defensor/promotor interpreta a interpretação daquele; os autos recebem os fatos no mínimo duplamente interpretados. O juiz, por seu turno, com seu ponto de vista, interpreta novamente e sentencia: "Diante do exposto, julgo".

Percebe-se, pois, que um dos principais problemas é o "exposto". Contudo, se o humano é demasiado humano, limitado, se o humano não é Deus, como pode ele elaborar uma denúncia, uma resposta à acusação, uma decisão justa se a verdade é um erro, e se o "exposto" não resume a totalidade dos acontecimentos objetivo e subjetivos?

Apesar de a verdade absoluta e imutável ser um erro para Nietzsche, ela é essencial, já que a ausência deste erro gera a impossibilidade da vida. E o filósofo não nega totalmente o ser, pois a manifestação suprema da vontade de poder é imprimir o caráter do ser ao devir.

Ora, se a verdade, mesmo sendo erro, é essencial, e se mesmo os fatos levados aos autos, apesar de estenderem-se sempre para o passado e o futuro, eternizam-se no instante (Idem, 1984, da visão e do enigma, pp.151-154) processual, qual o problema de haver um processo e uma decisão extremamente fragmentários quando a verdade absoluta não mais existe?

O problema é: apesar de todas estas impossibilidades, não devem as partes do processo aceitá-las como um peso sobre-humano. As partes devem querer superar essas impossibilidades com os mil olhos de um querubim, elas devem superar o niilismo negativo e passivo e recriarem os fatos com todas as interpretações legítimas. Assim, aproximar-se-ão do ideal de verdade e da justa decisão.

Sem a criação das verdades, a vida seria impossível. Sem o conceito de verdade, ainda que plural e perspectivístico, impossível seria a prestação jurisdicional do Estado.

Este perspectivismo no processo penal, no entanto, só é legítimo enquanto conforme à Constituição Federal e sapiente do caráter metafórico da linguagem e da vontade de poder de todas as figuras do processo.

## 8. LINGUAGEM COMO METÁFORA

O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. (...) Um estímulo nervoso primeiramente transposto em uma imagem! Primeira metáfora. A imagem, por sua vez, modelada em som! Segunda metáfora. (...) Acreditamos saber algo das coisas mesmas, quando falamos de árvores, cores, neve e flores, e no entanto não possuímos nada mais do que metáforas das coisas, que de nenhum modo correspondem às

entidades de origem (...)(Idem, 2007, §1).

Este aforismo mostra, de forma clara, não que a coisa-em-si é inacessível; mas, sim, que a linguagem é inevitavelmente deficiente, pois as palavras são metáforas que visam abarcar cada ente diverso sob um mesmo conceito tirânico em sua ânsia de redução à igualdade:

assim como é certo que nunca uma folha é inteiramente igual a uma outra, é certo que o conceito de folha é formado por arbitrário abandono dessas diferenças individuais, por um esquecer-se do que é distintivo, e desperta então, a representação, como se na natureza além das folhas houvesse algo que fosse “folha”, uma espécie de folha primordial, segundo a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas, recortadas, coloridas, frisadas, pintadas, mas por mãos inábeis, de tal modo que nenhum exemplar tivesse saído correto e fidedigno, como copia fiel da forma primordial(Ibidem)

Assim, desvela-se o caráter metafórico, tirânico e criativo das palavras e conceitos. O hábito gramatical torna metáforas em conceitos, figurações em verdades, de modo a permitir abusos de poder, principalmente no processo penal, que passam, infelizmente, despercebidos na maioria das vezes, pois tomados como verdades dadas; enquanto são, na realidade, verdades criadas e predicadas ao acusado.

A linguagem é metáfora; não explicação. A crença na verdade dos conceitos deve sempre ser submetida à suspeita, porquanto os hábitos gramaticais enganam enquanto verdades.

## **9. PRESUNÇÕES DE CULPABILIDADE E VONTADE DE PUNIR NA PRÁTICA PROCESSUAL PENAL PÁTRIA**

Periculosidade concreta ou social do agente é a possibilidade de, no futuro, ele voltar a delinquir, firmando-se tal juízo na prática reiterada de crimes (reincidência). Assim surgiu este conceito na jurisprudência pátria, conceito que encerra verdadeiro direito penal do inimigo e do futuro.

Contudo, comum tem sido as varas criminais decretarem prisão preventiva de pequeno traficante primário, sob o argumento de que as drogas apreendidas sustentariam a periculosidade concreta e afastariam a boa vida pregressa. Neste sentido, corroborado pelo Supremo Tribunal Federal:

A variedade, a elevada quantidade, a natureza e a forma fracionada como estavam acondicionados os estupefacientes apreendidos em poder do acusado, que contava com o auxílio de um adolescente na prática delitiva, bem como as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante, são fatores que indicam a dedicação à traficância e, conseqüentemente, a sua periculosidade efetiva, autorizando a constrição (STJ, HC 304.370/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe

05/12/2014).b) "A primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva" (...)." (STF, HC 122409, Relator(a): Min.LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014).

Este entendimento fere frontalmente a presunção de inocência, pois, mesmo ocorrendo prisão em flagrante, não se pode, diante da primariedade, presumir a reincidência futura do réu. Além disso, quando evidentes os requisitos do tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei Antidrogas), ferem-se os princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade humana, pois a prisão preventiva será cumprida em regime fechado, enquanto a pena definitiva o será em aberto ou semi-aberto.

Vê-se que o conceito da periculosidade concreta, sob a tirania da metáfora, passa a igualar casos totalmente diversos, a fim de punir. São os engodos da linguagem e a vontade de poder já apresentadas alhures na perspectiva de Nietzsche.

Outrossim, o art. 312 do CPP traz como um dos possíveis fundamentos da prisão preventiva, a garantia da ordem pública. Ora, o que vem a ser ordem pública? Ninguém sabe, mas, certamente, se as leis penais tutelam apenas os interesses mais caros à sociedade, a lógica da vontade de punir acarretaria no seguinte: "todo crime, enquanto contrário ao interesse público, ofende a ordem pública, e por isso deve ser apenado, desde logo, com prisão preventiva"

E é justamente o que o ocorre. O Tribunal de Justiça do Paraná, em Habeas Corpus recente, negou revogação de prisão preventiva de agente que incorreu em furto qualificado (155, §4º, II), na modalidade tentada. Ou seja, um crime patrimonial pequeno e sem violência que jamais se consumou. Isto em razão da suposta manutenção da ordem pública.

HABEAS CORPUS CRIME - FURTO QUALIFICADO TENTADO - ART.155, §4º, II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP - DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA.(TJPR - 3ª C.CRIMINAL - HCC - 1559413-9 - REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA - FORO CENTRAL DE LONDRINA - REL.: JOSÉ CICHOCKI NETO - UNÂNIME - - J. 18.08.2016).

A abertura semântica do termo ordem pública permite o preenchimento por interpretações totalmente ignorantes sobre o sistema prisional brasileiro, com o fito único de punir. O art. 312 do CPP, com o referido termo, é fonte diária de afronta aos direitos fundamentais do art. 5º da C.F/88.

Outra prática comum de desrespeito ao estado de inocência é a forma como as denúncias são escritas pelo Ministério Público. Frequente elas seguem o modelo: "agente X, agindo dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta...". Assim, antes mesmo da fase instrutória, a denúncia já apresenta o dolo direto e a culpabilidade do denunciado como verdades objetivas mais que provadas. A exordial já inicia o processo penal com força acusatória máxima.

Nos dizeres do eminente desembargador Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 146), hoje nietzscheano: "no processo penal não se está interessado em estabelecer se o cidadão praticou determinado crime, mas se há prova legalmente apurada e verificável de que ele o tenha praticado", com isto, a acusação, diversas vezes, usa de todos os meios para tentar provar o delito, inclusive de meios linguísticos.

Em seguida, o autor do crime perde seu nome durante todo o processo. "Réu", "acusado", "denunciado", "agente", "elemento" vigoram como única forma de tratamento. No processo civil, diversamente, é usual os requerentes e requeridos serem referenciados também pelo nome próprio que lhes é de direito, antecipado por Senhor(a).

Esta perda do nome do processado tem, de fato, uma finalidade: desumanizar uma pessoa, reduzindo-a a agente criminoso de fato típico, antijurídico e culpável, facilitando-se, assim, a aplicação da máquina punitiva sobre o pessoa. Afinal, é mais fácil julgar o inominado, reduzido a objeto processual que não guarda semelhança alguma com o magistrado, do que julgar um "Sr. João da Silva", humano nominado, semelhante.

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º,III; art.5º caput, CF) é, desta forma, reiteradamente desrespeitado na prática processual penal pátria. A vontade de poder dos punitivistas, por artimanhas linguísticas técnico-jurídicas, subjuga os princípios constitucionais.

Do princípio da busca da verdade real, tão criticado acima, desdobra-se, no Código de Processo Penal, enunciado normativo preocupante e claramente inconstitucional na perspectiva deste trabalho:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Ora, do art. 5º, LVII, direito humano positivado, e por isso fundamental, decorre o princípio constitucional *in dubio pro reo*, pelo qual, em caso de dúvida, o magistrado é obrigado a absolver o réu. Trata-se de princípio absoluto, de aplicação plena e imediata.

Se o juiz tem qualquer dúvida sobre ponto relevante, seja por fraqueza probatória da acusação, seja por fraqueza probatória da defesa, o certo é que nele não se formará o juízo de convicção pautado em certeza que legitime condenação quanto ao ponto relevante.

Assim, em caso de qualquer dúvida, impõe-se a absolvição. Esta sentença, em realidade, trata-se de norma de direito fundamental atribuída, na espécie regra. Ou seja, do princípio *in dubio pro reo*, decorre a regra de que para todos os casos de dúvida, o magistrado é obrigado a absolver. Aplica-se a regra de forma total quando preenchido o pressuposto fático, qual seja, a dúvida (ALEXY, 2015, p.69-76)

Desta arte, o inciso II do art. 156, do CPP, à primeira vista preceitua um juiz diligente e que busca a verdade real; contudo, à luz da Constituição e dos direitos

fundamentais, percebe-se que se confere poderes típicos do órgão acusador ao magistrado, nascendo, deste jogo linguístico pautado na vontade de punir, uma figura promíscua e ambígua, a figura do magistrado-promotor em afronta ao sistema acusatório constitucional.

Com estes exemplos, resta clarificada a importância dos conceitos alhures delineados da obra de Friedrich Nietzsche, permitindo-se, a partir da crítica da verdade real, do apontamento da linguagem enquanto metáfora e da vontade de poder enquanto ser do ente, a desmistificação de um direito processual penal conforme os direitos fundamentais na prática judicial brasileira.

## **10. O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PENAL**

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 são verdadeiros limites à vontade de punir.

Apesar do alto grau de generalidade, o sentido deles é plenamente evidente.

Servem não apenas como limites ao abuso de poder do Estado-penal, mas também como diretrizes na interpretação de todo o sistema jurídico.

Deles decorrem regras de direitos fundamentais, como já exposto, que são aplicáveis integralmente quando preenchidos os pressupostos fáticos.

A acusação, a defesa e a presidência do processo penal, se perpassadas e limitadas pelas normas de direito fundamental, estarão sempre conforme à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. Por mais forte que sejam a vontade de punir, de produzir uma verdade real, de criar conceitos baseados na crença na linguagem, elas sempre serão mais fracas que a necessária e imperativa interpretação Constitucional.

Para isto, contudo, são necessários o ensinamento e o aprendizado para além das regras dos códigos. É necessária a criação da consciência da normatividade suprema, formal e material, dos princípios constitucionais, além do desvelamento das verdades criadas pela crença na linguagem e pela vontade de poder e também a luta incessante dos juristas pela observância dos direitos fundamentais.

## **11. PERSPECTIVISMO DE NIETZSCHE**

Para o filósofo do além-do-homem, o conhecimento objetivo do objeto, do fato, é cada vez mais possível quanto mais se o examina com diversos olhares e afetos (vontade de poder). Em *Genealogia da Moral* (2013, III, aforismo 12):

quanto mais afetos deixamos transparecer a respeito de uma coisa, quanto mais olhos diferentes sabemos empregar para uma e mesma coisa, tanto mais completa se torna a compreensão desta coisa, a nossa "objetividade". Mas eliminar totalmente a vontade, suprimir inteiramente as paixões - supondo que isto fosse possível - não seria castrar a

inteligência?

Heidegger (2013, pp.404-405), escrevendo sobre Nietzsche, salienta que todo conhecimento encontra-se restrito a um horizonte. O caos significa o vir-a-ser, algo que o conhecimento é capaz de captar. Todavia, o próprio conhecimento ocorre no interior do horizonte, e este é a fixação do devir. O caos apenas é compreendido enquanto tal porquanto o horizonte fixa uma ordem do que é.

Desta forma, quanto mais olhos o intérprete possuir, maior será seu horizonte e, conseqüentemente, mais amplo será o conhecimento do mundo, dos fatos, das coisas, do processo. Quanto maior o horizonte, mais firme é a verdade criada pelo conhecimento. Nas palavras de Gadamer(2015, p 445): "aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele próprio pertence ao texto que compreende."

Neste diapasão, deve-se pensar até que ponto as regras e presunções do Direito Penal - processual, material e jurisprudencial - são legítimas, porquanto cegam muitos olhos e reduzem o horizonte a crepúsculo que enevoa os direitos fundamentais. Wolfgang Müller-Lauter, comentando Nietzsche, escreve que "toda perspectiva possui uma verdade peculiar" (1999, p. 62). Um conjunto de perspectivas, no caso do processo, deve gerar uma sentença que possui uma verdade peculiar a outras diversas interpretações, legitimando-se e justificando em uma verdade melhor construída sob a irradiação dos direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

Por fim, Nietzsche, ao negar as verdades absolutas, nega a veracidade delas, mas exalta a necessidade e utilidade de todas as verdades construídas perspectivamente, pois sem elas não seria possível a vida (2001a, prefácio, pp.7-9). Sem a crença na verdade, sequer seria possível o Direito e seu processo.

O nihilismo passivo das verdades absolutas deve ser superado pela humanidade em sua modernidade. Deve-se aceitar que as coisas não possuem sentido em si, mas que é papel do humano, enquanto ser racional e artístico, criar sentidos que tragam à vida as vontades de poder mais elevadas, criativas, perspectivísticas e justas, em outras palavras, aquelas que maximizam a própria vida. Aceitar que nada é; criar, contudo, sobre o devir, o ser. E quando as verdades se tornarem obsoletas, cabe à humanidade criar novas e melhores verdades, sendo elas próprias ser e vir-a-ser, simultaneamente. E o norte destas verdades deve ser os direitos fundamentais, porquanto são condições principiológicas que possibilitam, faticamente, a vida humana em seu mais completo desenvolvimento, conferindo, assim, sentido às demais normas do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Conclui-se que o processo penal, ao buscar a verdade absoluta, apenas produz outra verdade, completamente nova e perspectiva. Ademais, deve o Direito refletir e melhorar suas restrições às formações de perspectivas punitivistas. Outrossim, todas as partes, inclusive o juiz, devem abrir mais olhos para, no processo

judicial, criar uma decisão que seja legítima, democrática, justa e verdadeira pelo máximo de tempo possível no eterno devir. Mesmo a sentença sendo um ato de vontade, esta vontade pode e deve condizer com a verdade dos direitos fundamentais.

Resta, diante da breve análise nietzscheana, a percepção de que o processo é tão necessário quanto as verdades (erros essenciais às condições de vida). Contudo, o processo penal atual, a prática jurídica e as próprias verdades parecem estar em derrocada, vislumbrando-se no horizonte a criação de novas verdades jurídicas, pautadas, quer-se acreditar, nos direitos fundamentais e críticas da vontade de punir e da crença nos conceitos criados e acreditados pela linguagem humana. Caso contrário, o humano acusado será, a cada dia que passa, mais coisa e menos gente diante da máquina estatal penal.

É a catástrofe da razão, a probidade intelectual, percorrendo mais uma vez seu ciclo, para se destruir e se reconstruir.

Inevitável, pois, o diálogo entre o filósofo do martelo e o Direito Penal, material e processual.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.p.69-76. São Paulo: Malheiros, 2015  
Andrade, Carlos Drummond. **Nova Reunião**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 91/2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 12 de junho de 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão **Habeas Corpus nº 122409**, Relator: Ministro FUX, Luiz. Primeira Turma, julgado em 19/08/2014. Publicado no Dje em 11/09/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263427/habeas-corpus-hc-122409-sp-stf>>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 1559413-9**. Relator José Cichocki Neto. 3ª Câmara Criminal, julgado em 18/08/2016. Publicado no DJ 1875 31/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12218859/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1559413-9>>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

CABRAL, Alexandre Marques. **Nilismo e Hierofania: Uma abordagem a partir do confronto entre Nietzsche, Heidegger e a tradição cristã**: Vol.II. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas** - algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. O significado paradigmático da hermenêutica jurídica. In: **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; Ernio Paulo Giachini. 15ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Volume único. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JÚNIOR, Humerto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JUNIOR, Oswaldo Giacoia. **Nietzsche**: o humano como memória e como promessa. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

KELSEN, Hans. A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade in: **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006.

MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. **Nietzsche** - his philosophy of contradictions and the contradictions of his philosophy. Translated by David. J. Parent. Illinois:University of

Illinois Press, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava Zaratustra**. Tradução de José Mendes de Souza. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1984.

\_\_\_\_\_. **Humano, Demasiado Humano I**. Traducción de Carlos Vergara. Madrid: Edaf, 1984a.

\_\_\_\_\_. **A Gaia Ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. 6ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

\_\_\_\_\_. **Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extramoral**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

\_\_\_\_\_. **A vontade de poder**. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ecce Homo - como se chega a ser o que se é**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Humano, Demasiado Humano II**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008b.

\_\_\_\_\_. **A Genealogia da Moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Digitale Kritische Gesamtausgabe Werke und Briefe**. Disponível em <<http://www.nietzschesource.org/#eKGWB>>. Acessado em 21/11/2015  
Platão. **A República**. Tradução de Henrique Corvisieri. São Paulo: Círculo do Livro Ltda, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador). **Curso Avançado de Processo Civil**. Volume I. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição. São Paulo: Edusp, 1994.

**ABSTRACT:** This article analyzes, under the theoretical framework of the German philosopher Friedrich Nietzsche: a) the foundations and consequences of the search for the absolute truth on criminal process in times of nihilism; b) language as a metaphor and its belief on criminal procedure; c) the will to power as Being of being

and its consequence on criminal cases based on the search for absolute truth, in view of humans are reduced to linguistic concepts raised by prosecutor's and judge's will to power.

**KEYWORDS:** Nietzsche and Criminal Procedure. Nietzsche and Fundamental Rights. Perspectivism and Criminal Process.

## **CAPÍTULO XII**

### **CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE: NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL**

---

**Angelita Caroliny Vilela Salvador**

## CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE: NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

**Angelita Caroliny Vilela Salvador**

Aluna do curso de Especialização de Filosofia Política e Jurídica da Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR)

**RESUMO:** O presente trabalho dispõe acerca da possibilidade dos trabalhadores receberem, de forma concomitante, os adicionais de insalubridade e de periculosidade, visto que o entendimento jurisprudencial atual tem sido mudado, no sentido de permitir essa cumulação que até pouco tempo era vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa inicialmente tece reflexões sobre os preceitos referentes ao assunto segurança e saúde do trabalho no Direito pátrio, seguida por explanações acerca das características próprias dos adicionais em questão. A partir de conceitos teóricos e conclusões práticas, alcança-se o argumento de que, em verdade, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o dispositivo infraconstitucional e o infralegal que, em tese, não possibilita aos trabalhadores o recebimento simultâneo dos referidos adicionais remuneratórios. Evidencia-se no estudo, ainda, que os adicionais devem ser acumulados por decorrerem de fatos geradores completamente distintos, não havendo qualquer motivo justificável para retirar esse direito dos trabalhadores. Por fim, defende-se na pesquisa que a percepção concomitante dos aludidos adicionais tem um caráter punitivo aos empregadores, por submeterem seus empregados a situações insalubres e perigosas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adicional de insalubridade. Adicional de periculosidade. Cumulação. Direito do Trabalho.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo diz respeito à possibilidade de os trabalhadores receberem, de forma cumulada, os adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Ab initio, é traçada uma perspectiva geral de como esse recebimento simultâneo é tratado no ordenamento jurídico do Brasil. Para tanto, analisa-se, precipuamente, o § 2º do artigo 193 de CLT e a portaria 3.214-1978 do MTE, que são os dispositivos que não permitem a cumulação dos adicionais. Além disso, demonstra-se que a jurisprudência e a doutrina pátrias seguem, majoritariamente, essa orientação. Passado o cenário sobre o entendimento atual, defende-se que o aludido § 2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal, que prevê, em seu artigo 7º, inciso XXIII, o direito dos trabalhadores a serem remunerados pelas atividades desenvolvidas sob condições insalubres e perigosas.

Além disso, o estudo defende que a interpretação das Convenções ns. 148 e

155 da OIT, que foram ratificadas pelo Brasil, também permite o pagamento simultâneo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Assim, negar-lhe uma remuneração que lhe é garantida constitucionalmente é ofender as bases desse ramo jurídico. Além de defender a cumulação dos adicionais pelo estudo teórico do Direito do Trabalho, aliado ao Direito Constitucional, o presente estudo trata dos argumentos práticos de tal possibilidade, tais como o instrumento de política de saúde dos trabalhadores, como uma perspectiva de taxaço dos empregadores. Acredita-se que o assunto abordado no presente trabalho é de suma importância, tendo em vista que a realização do que se defende teria repercussão positiva na vida de um grande número de trabalhadores do país, além de estar interligado à efetividade dos direitos fundamentais.

Realizou-se também uma pesquisa qualitativa com os juízes do trabalho da cidade de Londrina, com o intuito de se identificar qual o pensamento e o posicionamento dos magistrados em relação a possibilidade de cumulação desses adicionais.

## **2. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS**

### **2.1. Entendimento Majoritário**

Diante de tantas discussões sobre a possibilidade ou não da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, o entendimento majoritário tem sido de que mesmo tendo fatores geradores distintos a percepção cumulada dos adicionais não é devida.

Não se vislumbra afronta direta e literal do art. 7.º, XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o aludido dispositivo constitucional estabelece o direito aos adicionais de periculosidade, insalubridade “na forma da lei”, que, no caso, como escorreitamente decidido pelo Regional, é o disposto no § 2.º do art. 193.

Ocorre que o § 2.º do art. 193 acima citado veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico. Nesse sentido, não se divisa a violação dos arts. 421 e 944 do CC.

Ademais, o entendimento acerca da impossibilidade da cumulação pleiteada, autorizando-se a dedução dos valores acaso recebidos, como atestam os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte adota entendimento no sentido de que não é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos do art. 193, § 2.º, da CLT. Tendo sido deferido o pagamento do adicional de periculosidade, é devida a dedução dos valores já recebidos a título de insalubridade. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 1088-24.2010.5.12.0015, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, 8.ª Turma, in

DEJT 1.º/3/2013.) “ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO INDEVIDA. O artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho preconiza caber ao empregado a opção quanto ao adicional que porventura lhe seja devido. Se o adicional de periculosidade melhor retribui o trabalho em condições de risco e em exposição a agentes insalutíferos, o empregado poderá fazer a opção por aquele, ainda que auferisse, no curso do contrato, o adicional de insalubridade. Nesse caso, resta ao julgador determinar a dedução dos valores já pagos a título de adicional de insalubridade, de modo que não se configure o pagamento cumulativo das referidas parcelas. Precedentes da Corte. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 49400-03.2008.5.04.0022, Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1.ª Turma, in DEJT 21/12/2012.)

O Legislador deixa claro, ainda, que foi constatado em perícia judicial que, de fato, o trabalhador era exposto, em seu ambiente de trabalho, concomitantemente a agentes insalubres e perigosos. Ainda assim, a togada da Corte Superior Trabalhista aplicou o posicionamento de que “nos termos do artigo 193, § 2º, da CLT, cabe ao empregado optar pelo adicional que porventura lhe seja devido”, asseverando que “se restar demonstrado o trabalho em condições de risco e em exposição a agentes insalutíferos, como no caso em testilha, o empregado poderá fazer opção pelo adicional de periculosidade, ainda que receba o adicional de insalubridade”, sendo que “nesse caso, o julgador deverá determinar a compensação dos valores já pagos a título de adicional de insalubridade”.

Segundo Georgenor de S. F. Filho (2013):

A legislação infraconstitucional brasileira, interpretando de forma extremamente literal o preceito da Lei Maior (inc. XXIII do art. da CF- 1988), e desatenta às medidas as quais, em nível mundial, têm sido tomadas para a preservação do bem-estar do trabalhador, manteve a impossibilidade de cumulação dos dois adicionais, mediante esse ‘opção forçada’ do empregado (art. 193, § 2º, CLT) e, ainda que a insalubridade seja verificada em mais um fator, somente terá direito o empregado ao valor do grau mais elevado, vedada sua percepção cumulativa, isto é, de dois adicionais de insalubridade (NR 15, N. 15.3).

Desse modo, segundo o entendimento majoritário de que conforme o art. 5º, II, da Constituição Federal, o princípio da legalidade, não poderá ser atribuído ou imputado algo a alguém se não aquela obrigação que esta expressamente prevista em lei, portanto não pode ser imposto ao empregador o pagamento de uma parcela, ou de um adicional se esse adicional não está previsto em lei, sendo que na CLT expressamente ela preconiza que é vedado a cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade.

## 2.2. Entendimento Jurisprudencial Atual

Conforme já explanado, enquanto o adicional de insalubridade visa remunerar os trabalhadores expostos a condições de risco equivalentes a níveis de

agentes químicos ou físicos acima dos limites toleráveis, o adicional de periculosidade tem como finalidade remunerar o empregado exposto a risco iminente, tais como explosivos, energia elétrica e situações violentas.

Como bem colocado por Bandeira (2011), o adicional de insalubridade tem relação com a origem das doenças, visando proteger a saúde dos trabalhadores. Já o adicional de periculosidade, diante do risco infortúnio, tem como objetivo a proteção da própria vida dos empregados.

Embora decorram, como facilmente percebido, de causas distintas, o ordenamento jurídico brasileiro veda que os trabalhadores os recebam concomitantemente.

O artigo 193 da CLT, ao conceituar as atividades ditas perigosas, acrescenta, em seu § 2º, que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

No mesmo sentido, a Portaria n. 3.214-1978 do MTE, no item 15.3 da NR-15, estabelece que no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

A doutrina pátria segue, de forma quase unânime, para o mesmo sentido, defendendo que não poderá o adicional de insalubridade ser acumulado com o de periculosidade, devendo o trabalhador, no caso de exposto a ambos, fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico.

Entretanto, o entendimento jurisprudencial, vem mudando seu posicionamento em relação de não permitir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

As decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, assim como as do Tribunal Superior do Trabalho, que anteriormente não possibilitavam a percepção simultânea dos adicionais, sob o argumento de que o citado § 2º do artigo 193 da CLT, estão mudando em relação a aceitação desse artigo ainda vigorar após a Constituição Federal de 88. O TST tem se posicionado contra o fundamento de que essa limitação ao recebimento concomitante dos adicionais não ofende a previsão do artigo 7º, inciso XXII, da CF e que o aludido § 2º foi recepcionado pela Lei Maior.

Sobre o tema:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E UPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. [...] (BRASIL, TST, RR-1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/09/2014)

No corpo do julgado, o Ministro Relator expõe que o obreiro pleiteia o pagamento simultâneo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sob o fundamento de que as parcelas possuem fatos geradores distintos e sob o argumento de que a Constituição Federal permite essa postulação.

O julgador do TST deixa claro, A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade, traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. São bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo.

Para corroborar com o entendimento, colhe-se de outros precedentes:

(...)CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Precedente desta Turma. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (BRASIL, TST, RR- 73-47.2012.5.04.0015, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 22/05/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015).

Essa opção legislativa, doutrinária e jurisprudencial vem sendo alterada aos poucos, pois a tendência mundial e também do Brasil é pela proteção do trabalhador, sendo que a vedação de percepção simultânea dos adicionais é totalmente contrária a esse princípio.

### **2.3. O § 2º e o Artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal de 1988.**

A Constituição promulgada em 1988 consistiu na apresentação mais significativa de um rol de direitos sociais que dispensam tratamento especial aos trabalhadores.

Além disso, a Constituição Federal em vigor foi também pioneira a prever os adicionais de insalubridade e periculosidade em seu próprio texto que, antes de 1988, eram disciplinados por lei infraconstitucional, a CLT.

Nesse contexto, é preciso definir se o artigo 193, § 2º, da CLT, que, em tese proíbe a percepção simultânea dos adicionais, foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Essa possível proibição de recebimento concomitante dos adicionais de insalubridade e de periculosidade pela CLT, demonstra um cenário problemático do Direito brasileiro, tendo em vista que em posicionamento contrário a Constituição Federal, que foi promulgada no sentido protetivo dos trabalhadores.

Corroborando com esse entendimento, Formolo assevera:

A inclusão do direito a adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas no rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais contido no art. 7º da Constituição, e igualmente a inclusão desse artigo e respectivo capítulo (trata-se do capítulo II) no Título II da Lei Maior, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, firmam a conclusão de que o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade foram erigidos, pelo legislador constituinte, à categoria de direitos fundamentais. (Formolo, 2011, p. 255).

O inciso XXIII do artigo 7º da CRFB, ao dispor a respeito dos adicionais e prever que serão devidos na forma da lei, não há uma autorização expressa constituída em favor das leis infraconstitucionais para estabelecimento de restrições a direitos fundamentais. Não consiste, assim, em uma possibilidade de regulamentação de caráter amplo e ilimitado, sob pena de a legislação infraconstitucional ordinária mutilar os direitos assegurados pela Lei Maior.

Diante desse cenário, é possível caminhar por diversas vertentes, inicialmente, é possível afirmar que, considerando a Constituição Federal como a costumeira norma hierarquicamente superior, entende-se que, se a lei maior atribuiu determinado direito ao cidadão (in casu, assegurar o direito ao recebimento a adicionais de remuneração para atividades insalubres e perigosas – artigo 7º, inciso

XXIII), a legislação infraconstitucional não poderá inviabilizar o exercício desse direito constitucional, mas apenas, eventualmente, disciplinar a sua prática.

Além dessa consideração, é possível afirmar que, tendo em vista a peculiaridade do Direito do Trabalho, no qual a hierarquia das fontes formais é relativizada, por força do princípio da proteção, ainda assim se depreende que a norma constitucional seria mais favorável ao empregado e, por isso, aplicável.

Ademais, consoante estabelece o artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657-1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Dessa forma, entende-se que a Constituição Federal vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988 promoveria a revogação do artigo 193, § 2º, da CLT, que é datada de 1943, por manifesta incompatibilidade.

A sugestão de que o referido § 2º do artigo 193 tem a função de disciplinar o inciso XXIII do artigo 7º da CF e que tal função não constitui ofensa ao texto maior, é temerária e descabida, tendo em vista que o dispositivo da CLT foi acrescentado por meio da Lei n. 6.514-1977, ou seja, cronologicamente anterior à CF-1988.

Desse modo, defende-se que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o § 2º do artigo 193 da CLT e, mais, representa uma afronta direta ao texto constitucional, que prevê o direito à remuneração das atividades desenvolvidas sob condições insalubres e perigosas.

## **2.4 Convenções Internacionais e a Cumulação dos Adicionais.**

Além do fundamento exposto, da não recepção do § 2º do artigo 193 da CLT pela Constituição Federal, é possível desenvolver o entendimento da possibilidade de pagamento simultâneo aos trabalhadores dos adicionais de insalubridade e de periculosidade analisando as fontes do Direito do Trabalho.

Segundo Nascimento (2010), o estudo a respeito das fontes do Direito é essencial em todos os ramos jurídicos, na medida em que são traçadas discussões acerca das induções que levaram à formação das normas aplicadas no ordenamento.

De acordo com o aludido autor, no Direito do Trabalho a análise da referida matéria tem importância especial e decisiva, uma vez que há grande influência de regras provindas de fontes privadas em oposição ao universo de normas jurídicas decorrentes da clássica fonte estatal.

Conforme se posicionam as doutrinas trabalhistas, as fontes desse ramo jurídico podem ser didaticamente divididas entre materiais e formais, sendo essas ainda subdivididas em heterônomas e autônomas.

Como explica Correia (2013), as fontes materiais do Direito do Trabalho são fatores ou acontecimentos sociais, políticos, econômicos e filosóficos que inspiram o legislador (deputados e senadores) na elaboração das leis.

O autor esclarece que:

Na conjuntura econômica e social atuais, podem-se citar como exemplos de fontes materiais: a) a mobilização dos sindicatos e centrais sindicais para reduzir o limite da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais; b) a reivindicação dos homens, maridos e companheiros de gestantes, para que eles adquiram o direito à estabilidade no período de gestação; c) no campo empresarial, forte pressão, sobretudo em razão da crise mundial, para reduzir o rigor das leis trabalhistas e as constantes reivindicações para flexibilizar os direitos trabalhistas. (Correia 2013, p. 35).

Com relação às fontes formais, Correia (2013) afirma que se tratam de exteriorização das próprias normas jurídicas, que, portanto, devem obrigatoriamente ser observadas pela sociedade, pois são imperativas.

A fontes formais serão autônomas quando discutidas e confeccionadas pelas próprias partes interessadas, tais como acordos e convenções coletivas. Serão heterônomas, por outro lado, quando não há a participação dos interessados, pois possuem origem estatal, como as leis e convenções internacionais.

Tendo em vista o assunto tratado no presente trabalho, dar-se-á atenção especial às convenções internacionais de Direito do Trabalho, que constituem fontes formais heterônomas.

Salienta-se que, quando as convenções da OIT são ratificadas pelo Brasil, são recepcionadas no ordenamento em consonância às normas infraconstitucionais.

De acordo com a doutrina, as normas dispostas nas convenções internacionais aprovadas pelo poder legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas de direito fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais.

Em se tratando de saúde e segurança do trabalho, as Convenções ns. 148, 155 e 161, todas da OIT, merecem maior atenção, uma vez que, em seu conjunto, permitem compreender melhor a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

A referida Convenção n. 148, ratificada pelo Decreto n. 93.413- 1986, apresenta recomendações a respeito da salubridade de meios ambientes do trabalho, no que se refere aos riscos inerentes à contaminação do ar, ruído e vibrações.

Analisando as determinações da Convenção n. 148, é possível destacar a obrigatoriedade de criação de normas que disponham sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, além de estabelecer critérios e limites de exposição aos riscos e medidas que visem a reduzir os riscos à saúde do trabalhador nessas condições, considerando que nenhuma das medidas adotadas em decorrência da convenção poderia onerar o trabalhador.

A Convenção n. 161, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 127-1991, refere-se ao estabelecimento de serviços de saúde no trabalho de composição multidisciplinar e participativa.

A aludida Convenção n. 161 dispõe que o serviço de saúde tem como principais atividades a identificação e a avaliação dos riscos para a saúde que podem

estar presentes nos locais de trabalho, bem como a observância dos fatores do meio ambiente do trabalho e das práticas de desenvolvimento das atividades que sejam capazes de afetar a saúde dos trabalhadores.

A aludida norma estabelece, ainda, que é dever do empregador e dos trabalhadores informar a esse serviço de saúde sobre todo fator existente no meio ambiente do trabalho que possa afetar a saúde dos trabalhadores, e dita, como direito do trabalhador, a informação dos riscos para a saúde existentes naquele meio.

A Convenção n. 155, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 1.254-1994, trata, essencialmente, a respeito de política nacional sobre segurança e saúde dos trabalhadores, além de ter como tema central o meio ambiente do trabalho.

Ressalta-se que o objetivo principal da política nacional em matéria de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho é o de prevenir acidentes e danos aos trabalhadores decorrentes das atividades que desenvolvem.

A aludida Convenção n. 155, prevê, em seu artigo 11, alínea b:

A determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agentes aos quais a exposição no trabalho estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes.

A norma da OIT define que os trabalhos desenvolvidos sob condições insalubres e/ou perigosas não devem, preferencialmente, existir. Caso persistam, devem se sujeitar à autorização e controle da autoridade competente.

Como no ordenamento jurídico brasileiro é adotado o modo pecuniário de retribuir o trabalhador exposto a condição insalubre e/ou perigosa, interpreta-se que, segundo a Convenção n. 155, os trabalhadores devem ser restituído por todos os agentes a que estão submetidos.

Depreende-se que, tendo em vista as disposições das três convenções da OIT tratadas neste estudo, além das demais já ratificadas pelo país, a interpretação mais correta é no sentido de reconhecer a percepção acumulada dos adicionais de insalubridade e periculosidade aos trabalhadores que realizem atividades expostas aos agentes de forma simultânea.

Como salientado por Silva (2011), as convenções internacionais em relação à saúde, segurança e meio ambiente de trabalho possuem um espírito de proteção universal ao trabalhador, ratificando toda a conquista que se operou no mundo do trabalho desde o século XVIII.

### 3. POSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO SIMULTÂNEA DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

#### 3.1. Fatos Geradores Distintos

O adicional de insalubridade não se confunde com o de periculosidade, e vice-versa, bem assim os fatos geradores de um e outro não se confundem entre si, pois tratam de parcelas diferentes, oriundas de fatos geradores também desiguais.

Consoante já colocado neste trabalho, o adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que desenvolve suas atividades com exposição a agentes físicos ou químicos que prejudicam sua saúde, gerando, no decorrer do tempo, o acometimento de enfermidades.

O adicional de periculosidade, por sua vez, é devido ao empregado que é exposto a riscos que são capazes de lhe gerar infortúnio imediato, tais como explosivos e energia elétrica.

A conclusão lógica, nesse contexto, é que, diante de fatos geradores completamente distintos, se o trabalhador estiver exposto a agentes insalubres e também a condições perigosas, dever-lhe-á ser devido tanto o adicional de insalubridade, como o adicional de periculosidade.

Observa-se, assim, que, tendo em conta o entendimento empregado atualmente no país, no caso de o empregado estar sujeito a agentes insalubres e também a condições perigosas no seu ambiente de trabalho e ser obrigado a optar pelo recebimento de apenas um dos adicionais, estará trabalhando em condições insalubres ou perigosas de graça, em desrespeito às normas constitucionais pertinentes.

Como afirmado por Formolo:

Em outras palavras, bem analisada a questão, conclui-se que a aplicação do § 2º do art. 193 da CLT induz, nas situações por ele abrangidas (de labor concomitantemente insalubre e perigoso), à pura e simples negação do direito expressamente assegurado no inciso XXIII do art. 7º da Constituição. (Formolo, 2011, p. 225).

Continua o magistrado dizendo que:

É como se dissesse ao empregado: sim, sua atividade é realmente insalubre, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de insalubridade, porque veja que azar, sua atividade é também perigosa e você já recebe o adicional de periculosidade...; ou então: sim, sua atividade é realmente perigosa, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de periculosidade porque, afinal de contas, quem mandou trabalhar em atividade que, além de perigosa, é também insalubre e, ainda por cima, optar pelo adicional de insalubridade? (Formolo, 2011, p. 225).

Para ilustrar o seu entendimento, Formolo propõe uma analogia. Seria

plausível obrigar o empregado a optar entre o pagamento do 13º salário e as férias, como é no caso dos adicionais de insalubridade?

Observa-se que, certamente, essa proposição causaria muita estranheza e até revolta se fosse proposta.

O autor esclarece que a hipótese por ele levantada estaria em clara contrariedade à Constituição, no entanto, por mais absurdo que pareça o exemplo apontado, não há, no fim, diferença substancial entre a hipótese nele ventilada e a de vedação da possibilidade de acumulação do adicional de insalubridade com o de periculosidade.

### **3.2. Cumulação dos Adicionais como Perspectiva de Instrumento de Política de Saúde do Trabalhador**

A opção legislativa do Brasil em adotar a monetização do risco, ou seja, utilizar a remuneração como forma de compensar o empregado exposto a condições insalubre e perigosas, é passível de muita crítica e reflexão.

Segundo o entendimento doutrinário, embora as críticas sejam pertinentes, com o advento da Constituição Federal de 1988, os referidos adicionais deixaram de ser apenas remuneratórios, uma vez que passaram a exercer suas funções sob a égide dos direitos fundamentais, em um contexto mais amplo, o qual se extrai a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais.

Assim, os adicionais de insalubridade e de periculosidade podem ser entendidos como mais complexos do que simplesmente afirmar que são adicionais de remuneração, pois estão inseridos como instrumentos de consolidação da dignidade humana, que contemplam, dentre outros, o direito à vida, à saúde, ao trabalho e o direito que todo o ser vivo tem de habitar um meio ambiente equilibrado.

Dessa forma, depreende-se que a regra prevista no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal deve ser interpretada em conjunto com as demais normas constitucionais que regem o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

De acordo com Bandeira (2011), no Brasil, a exposição de trabalhadores a diversas condições nocivas e perigosas concomitante é uma realidade preocupante, pois, nesses casos, a agressão à saúde do trabalhador ocorre de forma exponencial.

Afirma ainda o mencionado escritor que as estatísticas da Previdência Social, relativas ao ano de 2009, evidenciam mais de dois mil acidentes do trabalho por dia, sendo que mais de 40 trabalhadores por dia deixam de ter condições de trabalhar, por morte ou por grave incapacitação.

É possível assegurar, desse modo, que instituir o pagamento simultâneo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, aos trabalhadores que estejam submetidos a ambas as condições, haverá uma promoção do instrumento de política de saúde desses trabalhadores, pois serão exigidos cuidados específicos para as ações dos empregadores, do MTE, do Ministério da Previdência, do Ministério da Saúde e do próprio SUS, para que fossem implementadas políticas de conscientização, de promoção da saúde, de prevenção de acidentes de trabalho e de

doenças ocupacionais.

Por outro lado, adotando o posicionamento atual, no qual o empregado deve optar por um dos adicionais, ainda que exposto a condições insalubres e perigosas, há uma mascaração das responsabilidades pelos acidentes do trabalho ocorridos e pelo desenvolvimento de doenças ocupacionais, o que dificulta a implementação de políticas de respeito à saúde do obreiro.

A cumulação dos adicionais possibilitaria, ainda, haver a indicação clara dos fatores de risco de cada atividade, com o conhecimento e avaliação dos meios de risco, para que fossem adotadas medidas educativas de controle e prevenção de forma acertada.

A cobrança cumulativa dos adicionais também contribui para o desenvolvimento de estudos e pesquisas acerca de todos os agentes de intervenção, permitindo a criação de um sistema de informação adequado.

### **3.3. Cumulação dos Adicionais como Perspectiva de Taxação aos Empregadores**

A condição de saúde dos trabalhadores demonstra-se como um significativo indicador de qualidade do ambiente de trabalho no qual está inserido, uma vez que parte dos problemas de saúde ocupacional está relacionada com a negligência do empregador em relação ao controle ambiental, no que se refere à existência de vazamentos, máquinas obsoletas, material radioativo, uso de substâncias químicas, agrotóxicos e outros.

Ainda, que um dos propósitos dos adicionais de insalubridade e de periculosidade no Direito do Trabalho é a constituição de um ônus pecuniário ao empregador, a fim de obrigá-lo e incentivá-lo a adotar medidas preventivas em relação à saúde e à segurança dos seus empregados.

Denota-se, assim, que a vedação do recebimento simultâneo dos adicionais por prestar serviços em condições insalubres e perigosas vai de encontro ao propósito primário de instituição dessa remuneração adicional.

De acordo com Monteiro (2011):

A elevação da onerosidade àqueles que empregam trabalhadores em condições perigosas ou insalubres é uma forma eficaz de coibir as empresas a adotarem métodos efetivos para tornar o meio ambiente saudável, atingindo o escopo primário do legislador, lembrando-se que a estipulação dos adicionais de insalubridade não se traduz em concessão legal de permissão para degradar a saúde do trabalhador, mas sim em fomento à eliminação, ou, não sendo possível a eliminação, à redução dos riscos à saúde no ambiente de trabalho.

Nesse contexto, conforme expõe a doutrina, a cobrança cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade pode exercer função taxativa aos empregadores que submetem seus empregados a um meio ambiente de trabalho não saudável, onerando a atividade econômica desrespeitosa e, assim, compelindo aquele que administra o empreendimento a optar por investimentos na área de

saúde, higiene e segurança do trabalho.

#### **4. PERSPECTIVAS - O NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Em face do exposto, observa-se que a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade é um tema ainda muito discutido no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessa mudança tanto doutrinária quanto jurisprudencial, foi realizada uma pesquisa com os magistrados das Varas do Trabalho do município de Londrina – paraná, com o intuito de identificar qual tem sido o pensamento dos juízes de Londrina a respeito de tal possibilidade.

Foram entrevistados nove (09) dentre os dezesseis (16) juízes do município, sendo que sete (07) estavam de férias ou se engaram a responder a pesquisa.

Ao questionar com a Constituio de 1988, o artigo 7, XXIII, que diz ser direito do trabalhador o ‘adicional de remunerao para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei’ revogou tacitamente o art. 193  2 da CLT, onde diz que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, seis (06) juízes acham que tal parágrafo da CLT dever ser considerado revogado tacitamente e três (03) opinaram que mesmo após com a constituio de 1988, o parágrafo 2 do art. 193 da CLT continua vigente e não infringe a norma constitucional.

Na mesma proporo da questão anterior dos nove juízes entrevistados seis também compartilham da opinião de que quando o Brasil ratificou a convenço 155 da OIT, mesmo em caráter infraconstitucional, o legislador brasileiro deveria ter revogado expressamente tal parágrafo da CLT, mas como não o fez, tal norma deve-se ser considerada revogada tacitamente, por outro lado, trs juízes compartilham da opinião de que como tal convenço não possui caráter supralegal, tal convenço não tem força para revogar tacitamente uma outra norma, e como o legislador não revogou expressamente, o parágrafo 2 do art. 193 da CLT continua possuindo efeitos legais.

Em relao ao mencionado em alguns jurisprudências que tratam do assunto, pode-se observar que outro fator importante para que seja determinada a possibilidade de cumulao dos adicionais de periculosidade e insalubridade  o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

RO 0003229-28.2012.5.12.0053. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAO POSSIBILIDADE O adicional de insalubridade visa indenizar danos causados ao trabalhador pelo contato diuturno com agentes agressivos a sua saúde. O adicional de periculosidade tem por fim compensar o risco  vida a que o trabalhador está exposto em decorrência do contato com agentes perigosos. Dessa forma, infere-se que os dois adicionais possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador exercer atividade que, por sua natureza, condioes ou método de trabalho, exponha-o de forma concomitante a agentes insalubres e

situações de perigo. O direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRFB/88), no inciso XXII do art. 7º da CRFB/88, que impõe a adoção de medidas tendentes a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e também na Convenção nº 155 da OIT, que determina que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b). (BRASIL, TRT, RO - 0003229-28.2012.5.12.0053, Relator Desembargadora VIVIANE COLUCCI, Data de Julgamento: 23/04/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2014).

Em relação a norma trazida pela CLT desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, os juízes pesquisados são unânimes em concordarem que não existe nenhum desrespeito a tal princípio, pois para que haja o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana é necessário que se analise valores íntimos.

Como pode-se observar há várias opiniões e interpretações em relação a revogação de tal parágrafo da CLT, que até muito recentemente não havia tido nenhuma decisão do TST que concordava com esse entendimento, a partir do momento em que o TST passou a decidir tais conflitos permitindo, de acordo com o caso concreto, a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, todo o judiciário passou a enxergar o tema de uma forma mais cautelosa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face de todo o exposto, depreende-se que o tema proposto à análise merece atenção especial dos doutrinadores, legisladores e operadores do direito em geral, uma vez que se trata da vida, da integridade física e mental e da saúde de seres humanos, que compõem a classe trabalhadora do país e que estão, diariamente, expostos a condições inadequadas de trabalho, que são os meios insalubres e perigosos.

O trabalho no decorrer das décadas veio sofrendo grandes mudanças, decorrentes do progresso da industrialização, que transformou o trabalho em emprego, que fez surgir a figura do empregado e do empregador, este último com seu poder de direção, definem através de um contrato de trabalho, observados os requisitos da lei, as formas de prestação da atividade a ser exercida.

Qualquer trabalho apresenta aos trabalhadores riscos à sua saúde e vida, inerentes da atividade econômica a que pertencem, porém, esses riscos devem ser previamente avaliados e posteriormente minimizados, através das Medidas de Segurança e Medicina do Trabalho, a fim de proteger o trabalhador contra doenças profissionais e acidentes do trabalho.

Alguns ambientes de trabalho são insalubres, por conterem agentes químicos, físicos e/ou biológicos acima dos limites de tolerância definidos pela Lei, ou ainda aqueles que não podem ser mensuráveis, pela própria exposição do

trabalhador ao agente.

Essa exposição acima do permitido obriga o empregador a pagar o adicional de insalubridade, que é uma forma de indenizar em médio prazo os danos sofridos pelos agentes nocivos, porém, não foi intenção do legislador perpetuar esse pagamento, devendo o empregador aplicar medidas de segurança e medicina do trabalho a fim de neutralizar ou minimizar os efeitos causados por esses agentes.

O trabalhador tem direito a trabalhar em um ambiente sadio, livre de contaminações e riscos a fim de preservar sua saúde física e mental.

Conforme ressaltado no desenvolvimento do trabalho, a intenção primordial das normas que tratam a respeito da saúde e da segurança no trabalho não é a compensação pelos danos e pelos riscos suportados pelos obreiros, porém a efetiva eliminação das condições insalubres e perigosas.

Observando a atual conjuntura social e econômica, todavia, observa-se que essa eliminação torna-se quase uma utopia, tendo em vista que ônus pecuniário destinado aos empregadores não os motiva suficientemente a promover essa eliminação dos danos decorrentes de condições de trabalho insalubres e perigosas.

Verifica-se que, do modo com o assunto estava sendo aplicado pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, em que o recebimento simultâneo dos adicionais de insalubridade e periculosidade era vedado, excluindo até mesmo essa compensação prevista constitucionalmente está sendo garantida aos trabalhadores.

Assim, tendo em vista a mudança no entendimento jurisprudencial atual, denota-se uma nova finalidade da legislação acerca de segurança e saúde no trabalho é alcançada, pois com a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade de insalubridade, há uma motivação do empregador a adotar medidas para eliminar a existência de agente tidos como insalubres e perigosos, bem com há a compensação adequada dos empregados expostos a condições que danificam a sua integridade física.

Pode-se observar que o entendimento da maioria dos magistrados das Varas do Trabalho da cidade de Londrina tem sido no sentido de que com esse novo posicionamento do TST a tendência a partir de agora é de que as decisões vão ser voltadas para a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Nesse cenário, torna-se imperativo que o Estado e os operadores diários do Direito do Trabalho adotem medidas para que as normas relativas à segurança e à saúde dos trabalhadores, já existente no ordenamento jurídico do país, sejam cumpridas e, portanto, permitida a percepção simultânea dos adicionais de insalubridade periculosidade.

## **REFERÊNCIAS**

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr,

2013.

BRASIL, TRT, RO - 0003229-28.2012.5.12.0053, Relator Desembargadora VIVIANE COLUCCI, Data de Julgamento: 23/04/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2014

BRASIL, TST, RR-1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/09/2014.

BRASIL, TST, RR-1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/09/2014.

BRASIL, TST, RR-73-47.2012.5.04.0015, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 22/05/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

BRASIL, TST, RR-73-47.2012.5.04.0015, Relator Ministro Cláudio Brandão, Data de Julgamento: 22/05/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

FORMOLO, Fernando. **A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentença, tabelas. Porto Alegre: HS Editora Ltda, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Leandro Luciano da. SILVA, Lilian Moraes da. **Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, p. 7-23. Ano XXII. N. 264. Junho 2011.

**ABSTRACT:** This work has on the possibility of workers receive, concomitantly, additional unhealthy and dangerous, since the current legal understanding has been changed to allow such cumulation which until recently was prohibited by Brazilian law. The search initially reflects on the precepts pertaining to the subject safety and health at work in the paternal law, followed by explanations about the characteristics of the additional in question. From theoretical concepts and practical conclusions, it attains the argument that, in fact, the Federal Constitution of 1988 not welcomed the infra device and infralegal which, in theory, does not allow workers the simultaneous receipt of additional such remuneration. It is evident in this study also, the additional should be retained by arise from completely different triggering events, and there is no justifiable reason to withdraw the right of workers. Finally, it is argued in the research that concomitant perception of additional alluded have a punitive character to employers for their employees to undergo unsanitary and dangerous situations.

**KEYWORDS:** Cumulation. Hazard pay. Hazard premium. Labor Law.

## **CAPÍTULO XIII**

### **DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

---

**José Flôr de Medeiros Júnior**

## DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

**José Flôr de Medeiros Júnior**

Mestrando em Direito pelo Unipê – João Pessoa – PB; Mestrando em Ciências Jurídicas pela UFPB – Campus I – João Pessoa – PB.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre o Desenvolvimento Econômico, Direito Ambiental e o Direito à Saúde à ótica da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ressalta-se, durante o construto, a necessidade de compreender o meio ambiente ecologicamente equilibrado como esteio à concretização ao Direito à Saúde e a realização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Perpassando, pelos objetivos constitucionais expostos no art.3º/CF/88. Observou-se ser a discussão relacionada ao Direito Ambiental um caminho à ressignificação do homem em seu sentido ético na procura de recuperar o cidadão no sentido de partícipe do Estado na procura de superação das desigualdades sociais e econômicas. Percebeu-se, a partir da interconexão entre o Direito Ambiental e o Direito à Saúde, a necessidade de aprofundar o diálogo do Direito com outros saberes a exemplo da sociologia, da filosofia, da ética e da bioética. Vislumbrou-se, desta forma, a possibilidade de ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, elo indispensável à realização do direito à saúde e, portanto, de uma vida digna enquanto preceito constitucional. Por fim, demonstra-se a ausência da prática cidadã do ser humano no concernente à alteridade no interior da sociedade contemporânea e a não percepção do meio ambiente como o Outro dentro do estabelecer de uma nova, e imperiosa, relação ética.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio ambiente ecologicamente equilibrado; Direito à Saúde; Desenvolvimento Econômico.

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Tal construto teórico faz parte do Título I, intitulado Dos Princípios Fundamentais e encontra-se alocado no Art. 1º da Carta Magna, III. O texto constitucional, em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II, Dos Direitos Sociais, vem, em seu Art. 6º, consagrar a saúde como um Direito Social. Assim como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, e proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados e, mais recentemente, o transporte.

Lê-se no texto da Lei Maior em seu Art. 196 ser direito de todos e dever do Estado a promoção da saúde, no esteio destes construtos que constituem alicerces à valorização do ser humano com escopo no princípio da dignidade da pessoa humana cuidou o constituinte originário de tratar o meio ambiente como essencial à

sadia qualidade de vida, consoante Art. 225, Caput, da Carta Magna. Importante destacar, aqui, o valor como fundamento do texto constitucional promulgado em 1988 e não a precificação dos cidadãos.

No esteio destes construtos que constituem alicerces do texto da Constituição Federal de 1988 a preservação do meio ambiente é caminho para a valorização do ser humano. Ocorre, entretanto, a existência de um divórcio entre o conjunto teórico positivado na Carta Magna e as políticas públicas de saúde e de preservação do meio ambiente que, conforme prescrito no texto constitucional são, ambos, dever do Estado.

A distância entre a previsão constitucional e a realidade concreta encontra respaldo nas diversas atitudes governamentais que não materializam as políticas governamentais na direção de políticas públicas de saúde e na preservação do meio ambiente enquanto finalidade à valorização da pessoa e consolidação do fundamento constitucional esculpido no Art. 1º, III. Em outras palavras, a realização da dignidade da pessoa humana.

Urge, desta forma, a discussão entre a imprescindibilidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e políticas públicas de saúde como caminho à concretização do direito fundamental à saúde. Indispensável, portanto, entender a disparidade entre o texto constitucional e a realidade brasileira no concernente à relação entre políticas públicas direcionadas ao meio ambiente e as políticas públicas de saúde. A temática perpassa, então, pelo questionamento: é possível a existência de um direito fundamental à saúde sem a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como possibilidade de retirar o ser humano do processo de precificação em que foi posto pelo distanciamento existente entre dois direitos fundamentais?

Por outro ângulo e no caminho da discussão proposta necessário se faz olhar para o escrito no exposto pelo Art. 3º, II da Constituição Federal ser o desenvolvimento nacional um dos objetivos do Estado brasileiro, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais conforme texto constitucional, Art. 3º, III. Ou seja, da impossibilidade de resolvermos questões atreladas à saúde, desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades sociais e regionais sem discutir o meio ambiente. Da mesma forma que não se pode discutir uma política de desenvolvimento econômico desconsiderando a sustentabilidade e seus pilares: o econômico, o social e o ambiental.

Problema que se impõe pela própria força do termo direito e ganha espaço quando vem à tona existência um direito à saúde dissociado de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se neste ponto a necessidade de trazer à luz os direitos, que por sua origem são humanos, na construção de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como forma mais abalizada da valorização do direito à saúde na procura do abandono à precificação do Ser. Vê-se este embate a ocorrer no terreno legal à necessária materialização dos princípios postos como alicerces do texto constitucional brasileiro.

Postas estas notas preliminares sobre o tema e o objeto de estudo e com

fulcro no problema de pesquisa apresentado, lê-se como objetivo geral deste trabalho o de analisar a possibilidade de ser o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado o caminho à concretização do direito fundamental à saúde e resgatando o homem, sujeito de direitos e deveres, enquanto valorado no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para tanto os objetivos específicos do presente construto residem em: investigar o direito à saúde enquanto direito fundamental inserido na Constituição Federal de 1988 à ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy; discutir a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como esteio à realização do direito à saúde; estabelecer a importância do direito ao meio ambiente e sua direta relação com o direito fundamental à saúde na construção de uma existência digna na seara da dignidade da pessoa humana; avaliar a possibilidade de ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e conseqüente abandono à perspectiva da precificação dos direitos fundamentais.

Este trabalho localiza-se no diálogo entre o Direito Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e na interlocução necessária entre os Direitos Sociais previstos na Carta Magna, especificamente o direito à saúde com um dos ramos do Direito Público, no caso o Direito Ambiental.

O caminho metodológico traçado objetivando a realização deste trabalho é o da pesquisa bibliográfica e documental enquanto espaço à construção de uma análise a partir do método hermenêutico fazendo uso da interpretação judicial-histórica com a utilização de dados que serão coletados no trabalho de leitura no terreno da doutrina e análise interpretativa de jurisprudências nascidas a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal pertinentes à temática proposta no atual construto. Impõe-se, necessário afirmar, a realização da leitura de produções acadêmicas na seara que este projeto está sendo proposto. Ou seja, na interlocução entre o Direito à Saúde e ao Direito Ambiental no concernente a um meio ambiente ecologicamente equilibrado entendidos enquanto direitos fundamentais.

A pesquisa proposta neste projeto está localizada no campo das Ciências Sociais Aplicadas, especificamente no espaço do Direito e encontra respaldo teórico na interlocução entre o Direito e outros territórios do conhecimento que destaquem a importância do diálogo no campo científico com pertinência à Ciência Jurídica e os demais territórios do conhecimento no âmbito histórico-social. No concernente à relevância teórica-acadêmica o trabalho procura (re) estabelecer novos diálogos de forma a possibilitar respostas aos novos problemas advindos do tecido social e que estão hoje a questionar o saber jurídico. No trabalho em construção estamos referenciando-nos aos problemas advindos da saúde em diálogo com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Procura-se que o resultado atingido ao final possa contribuir para a elaboração de políticas públicas de saúde que possuam como sustentáculo o diálogo com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e (re) afirmem os fundamentos constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Podendo, assim, resgatar o homem em sua condição de cidadão a partir da concretização dos direitos

fundamentais.

Por fim, este trabalho durante a sua construção tem como um de seus alicerces o resgate do diálogo mediado pela ética entre o conhecimento a avançar cotidianamente e o homem distanciado que perdeu sua condição de cidadão. Percebe-se, assim, que o atendimento a estes preceitos constitucionais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, são condições a merecer conversação no campo da ética e, neste caso, da ética ambiental como construto à uma melhor qualidade de vida e por consequência atender ao preceituado na Carta Magna no concernente ao direito fundamental à saúde.

## **2. O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO CAMINHO À REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.**

Este construto teórico tem por objetivo discutir o direito fundamental à saúde em sua interligação com o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Percebe-se destaque na construção de um projeto de pesquisa importa ser posto com clareza o recorte teórico e os conceitos com os quais se pretende trabalhar no caminho à elaboração do trabalho final. Lê-se, ainda, a obrigação de localizar no campo das Ciências Sociais Aplicadas, neste caso o Direito. Neste sentido interessante a lição de Buaiz & Reis (2012) de que

por meio da história, o direito representa uma luta persistente por conquistas que proporcionem determinada transformação social ou pessoal, que apenas é válida em determinado momento e em determinado contexto, até que, sendo superado, ceda seu lugar a outra, num movimento constante de renovação. Isso porque, a busca pelo direito justo se sobrepõe a toda e qualquer outra forma de entendimento do direito, porque se funda em um sentimento jurídico que brota em um momento crucial da vida humana: quando um direito lesado mostra, na realidade diária, a necessidade da ação que estabeleça a equidade. Não diferente os seres humanos, por suas características peculiares, são titulares de direitos, inerentes à sua condição humana e considerados fundamentais à pessoa – por isso são direitos fundamentais ou humanos – diante do Estado, cujo poder deve exercer-se a serviço destas, como meio para que vivam em sociedade em condições dignas. (BUAIZ & REIS, 2012, p. 695)

Vê-se, assim, que a discussão ao direito à saúde não pode ser realizada apenas com o olhar ao Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. O atual contexto no mundo jurídico impõe aquele a pensar o Direito do imperioso entendimento de procurar em outros territórios do saber elementos teóricos que sempre estiveram próximos ao Direito.

É neste sentido que o ordenamento jurídico pátrio prescreve à luz da Constituição Federal o acesso à saúde conforme literalidade do Art. 6º da Carta Magna promulgada em 1988. Na mesma estrada reside o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante diploma legal supracitado em seu Art. 225.

Estamos, portanto, na seara dos direitos fundamentais. A realização do direito fundamental à vida passa, imperiosamente, pelo direito à saúde a encontrar sustentáculo em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Lê-se, ainda, na Lei Maior em seu Art. 196 ser

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CRFB/88)

E consoante ao direito à vida deve-se perceber o exposto por Silva (2014) ao afirmar que

a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que não só ao Estado, mas à própria Humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida. (SILVA, 2014, p. 463)

Percebe-se desta forma que não se pode falar em direito fundamental à vida sem que o direito fundamental à saúde possa ser garantido pelo Estado conforme previsão constitucional. Outrossim, a vida deve existir com qualidade em nome do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, faz mister trazer à tona a necessária discussão em torno do meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Lê-se na literalidade do exposto no Art. 196 da Constituição Federal ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Mas não deve passar desapercibido de que em caso de descumprimento do previsto no Art. 225 da Carta Magna podemos não ter atendido a redução do risco à doença, conforme preconiza o Art. 196 da Lei Maior e, sendo assim, é importante perceber a lição posta por Schwartz (2004) de que

se não existe qualidade de vida, mais fácil é a possibilidade da doença. A qualidade de vida, por seu turno, continua sendo objetivo (saúde), visto que sempre há a possibilidade de novas decisões que venham a elevá-la. (SCHWARTZ, 2004, p. 62)

A qualidade de vida encontra-se prescrita no texto constitucional em seu Art. 225 quando, de forma expressa, o constituinte originário impôs ao Estado o dever da existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma a ausência de políticas públicas direcionadas à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode diminuir a qualidade de vida e por consequência o risco de contrair doenças pode aumentar. O exposto até aqui no concernente a expressão qualidade de vida posta no Art. 225, CRFB/88, (re) torna na discussão

posta por Silva (2014) de que

a qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo ao Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do homem e de seu desenvolvimento. (SILVA, 2014, p. 541, grifo nosso)

E ainda de acordo com a lição posta por Silva (2013) deve-se perceber da importância de que o

combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se numa preocupação de todos. A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (SILVA, 2013, p. 61)

Lê-se, portanto, que a materialização do direito fundamental à saúde encontra espaço na percepção de que o meio ambiente é parte para a concretização do exposto no Art. 6º, CRFB/88, no referente à saúde. Impondo, desta forma, ao Estado o dever de atender o imperativo constitucional constante no Art. 225/CRFB/88 como caminho à concretização do previsto no Art. 1º, III, CRFB/88 onde o constituinte trouxe para a Lei Maior o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o direito fundamental à saúde, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e os Arts. 196 e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil não podem ser lidos de forma diversa ao objetivo a ser atingido ou mesmo separados. A interconexão entre estes direitos fundamentais é essencial ao entendimento do previsto na Carta Magna de 1988. Ou seja, o direito fundamental à saúde perpassa por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Segundo Silva (2014) é necessário perceber que

a Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (SILVA, 2014, p. 530)

### **3. O MEIO AMBIENTE E O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: NECESSÁRIA DISCUSSÃO ÉTICA.**

Percebe-se, portanto, estarmos diante uma questão com fundamento ético. Aristóteles (2010) afirma que

muitas são as ações, artes e ciências, muitas também são suas finalidades. O fim da medicina é a saúde, o da construção naval é um

navio, o da estratégia militar é a vitória, e o da economia é a riqueza. (Aristóteles, 2010, p. 13)

Vê-se no pensamento aristotélico a preocupação em atingir a saúde pelo caminho da medicina. Percebe-se, assim, que a preocupação com a saúde no mundo grego atravessou o tempo e é mantida em novos espaços geográficos. A questão posta por Aristóteles encaminha a pesquisa aqui proposta para a percepção de que não é bastante o fato da previsão constitucional como exposto na Constituição Federal em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II, Dos Direitos Sociais, em seu Art. 6º, a consagrar a saúde como um Direito Social. Neste raciocínio Nussbaum (2014) afirma que “o que importa para a justiça é a qualidade de vida das pessoas.” (NUSSBAUM, 2014, p. 100)

Percebe-se a necessidade de entender que a ausência de uma “consciente conversão ética, direcionada à proteção do ambiente, não haverá alternativa para o habitante deste planeta injuriado. (NALINI, 2015, p. 51) Significando que a proteção ao meio ambiente reside para além da norma positivada e perpassa por um entendimento da ética e da alteridade. Neste caminho apontamos para a lição de Lévinas (2010) de que

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do “cada um por si”, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessável – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo de encontro do rosto de outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o “acontecimento” ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser.” (LÉVINAS, 2010, p. 242)

Necessário refletir que a dimensão ética ocorre na existência do Outro. Se o “cidadão” não observa sua existência atrelada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (nesta relação o meio ambiente é o Outro) ele não está no exercício pleno da cidadania. Reside, entretanto, na premissa aristotélica de que “o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 15) Neste sentido o homem contemporâneo deve perceber que a sua condição de cidadania está atrelada aos direitos fundamentais e que, dentre eles, existe a necessária obrigação de respeito ao meio ambiente como condição de realização da saúde como direito fundamental.

No sentido kantiano podemos afirmar que o homem ao não trabalhar o meio ambiente enquanto espaço à sobrevivência humana e caminho à realização do direito fundamental à saúde continua preso à minoridade. Neste caminho Kant (2008) afirma que

a menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. (KANT, 2008, p. 115)

Pugna-se pelo entendimento de que a superação da menoridade a qual reside prisioneiro o homem na sociedade contemporânea tem relação direta na percepção do meio ambiente como o Outro. A questão ética impõe-se por ser o meio ambiente um direito de todos e não cabe ao ser humano, de forma isolada, ter este como espaço individual. Destaque-se, ainda, o imperativo apontado por Nalini (2015) sobre a necessária

compreensão da natureza como nicho vital conduz a consciência do homem a ser protetora e vigilante. Dentre os paradoxos da civilização contemporânea, a emitir eloquentes mensagens de que a vida parece às vezes tão desvaliosa, está o devotar-se à missão de valorizá-la. Cumpre acrescentar valor acrescido a todas as manifestações existenciais. Enquanto a vida é banalizada, não só a da natureza, mas também a vida de nosso semelhante invisível ou excluído, o discurso edificante proclama o valor transcendental de toda e qualquer forma de existência. (NALINI, 2015, p. 51)

Percebe-se, portanto, a importância de perceber o meio ambiente como elemento essencial à sobrevivência humana e sendo essencial à qualidade de vida enquanto estrada à realização do direito fundamental à saúde. Considerando que o direito fundamental à saúde passa, imperiosamente, pela qualidade de vida residindo em relação direta com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante previsão constitucional. Ambos são direitos fundamentais e postos como dever do Estado na procura da realização da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional.

Lê-se que o desafio imposto ao mundo jurídico reside em entender a necessidade de ser a vida, a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado situações que não podem ser precificadas, mas valoradas. Neste ponto retornamos a Kant (2008) onde o mesmo afirma que

no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente: por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2008, p. 65)

Percebe-se, entretanto que vida e saúde são elementos humanos e contém, em si, dignidade. Nesta acepção onde ficaria o meio ambiente ecologicamente equilibrado? Não é um ser racional e, portanto, não possui um elemento moral que possa ser valorado. Seria, então, possível de ser precificado? A resposta é não. O meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser visto no mundo dos valores por carregar consigo a capacidade humana de sobrevivência. É, o homem, parte do meio

ambiente e assim deve ser percebido. Portanto, quando se fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado a referência ao homem, habitante deste espaço, é direta. O pensamento kantiano permite entender a interconexão entre vida, saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado e que devem ser valorados na concretização da qualidade de vida preceituada no texto constitucional.

#### **4. QUALIDADE DE VIDA, MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A (POSSIBILIDADE DE) REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.**

Vê-se que para falar de qualidade de vida é importante trazer à tona a preocupação do constituinte originário com o meio ambiente quando esculpiu no Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil que

todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CF/1988)

Nesta acepção é importante salientar ser o Brasil um Estado Democrático de Direito conforme Art. 1º, Caput, da Constituição Federal e contendo como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana esculpido no Art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana não tem como ser concretizado sem que todos possuam o direito à sadia qualidade de vida, o acesso à saúde e o reconhecimento de seu espaço enquanto cidadão.

Diante da posição exposta pugna-se pela realização dos direitos fundamentais como alicerces do Art. 1º, Caput, da Carta Magna. O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e deve, portanto, ser garantidor dos direitos fundamentais. A (con) formação do Estado brasileiro é distante da dos estados totalitários que, conforme Ferrajoli (2011), em “um ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, 2011, p. 10).

Pugna-se, portanto, que o (re) conhecimento do exposto no artigo 225/CRFB/88 enquanto caminho à realização do prescrito no Art. 6º da Carta Magna ao falar sobre saúde. Nalini (2015) comentando o disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil afirma que “esta não é uma obra estritamente jurídica. É uma proposta ética.” (NALINI, 2015, p. 55) Neste esteio é necessário entender a importância da leitura do texto constitucional. Alerta MORAES (2002) de que

a primeira finalidade básica da interpretação constitucional é garantir o máximo de efetividade do texto magno, consagrado sua força normativa e garantindo a interpretação de todo o ordenamento jurídico em conformidade com suas normas. A segunda finalidade da interpretação constitucional é a integração do ordenamento constitucional. A terceira finalidade constitui na realização do controle formal e material das leis a

atos normativos editados pelos poderes constituídos. A quarta finalidade é a de eleger a solução mais correta e justa para o caso, do ponto de vista dos Princípios e Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional, verdadeiros paradigmas para aplicação do Direito Positivado.” (MORAES, 2002, p. 104)

Lê-se assim da impossibilidade de discutir apenas no âmbito jurídico questões como a saúde e, ainda mais, dissociada de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Impõe-se ao mundo jurídico o desafio de perceber o texto constitucional nos artigos e incisos relativos à saúde e com o olhar direcionado ao elo entre saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coloca-se, de forma imperativa, a quem trabalha com o Direito o diálogo com a Filosofia, a Sociologia, a Biologia além de procurar perceber a interconexão entre os vários ramos do Direito. Igualmente importante é entender a presença dos direitos fundamentais no texto constitucional de 1988. Neste sentido a lição de Sarlet (2015) é base à compreensão de que

os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 2015, p. 59)

Para Sarlet (2015) é ainda importante traçar um paralelo entre a Constituição de 1988 e a Carta Magna anterior para demonstrar a importância que os direitos fundamentais passaram a ter no tecido social brasileiro. Afirma, neste sentido, que

traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. (SARLET, 2015, p. 64)

Neste sentido é importante salientar que o Brasil estava acabando de sair de um regime ditatorial onde os direitos fundamentais não estavam postos. Além disso é importante frisar que nas cartas constitucionais anteriores ao Regime Militar o conjunto de direitos fundamentais positivados hoje no texto constitucional residiam, quando muito, no terreno filosófico ou sociológico. Mendes (2012) apontava sobre a importância do direito à saúde na Constituição de 1988. Afirma que

a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI) (MENDES, 2012, p. 696)

A importância que assumiu o texto constitucional pátrio de 1988 é exposto a

cada leitura no campo da doutrina ou mesmo quando o estudo comparativo entre textos normativos de caráter constitucional é realizado. Tal fato reside na concepção de direitos fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com a positivação dos direitos fundamentais urge o problema de entendê-los dentro da Carta Magna e em sua relação com a sociedade. A discussão perpassa para o terreno da efetividade, ou não, dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Na procura de entender o texto constitucional no que concerne aos direitos fundamentais precisamos entender a lição posta por Alexy (2009) de que

quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar. (ALEXY, 2009, pp. 11-12)

E consoante Alexy (2012) o fundamental de entender que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito.” (ALEXY, 2012, p. 50) É neste sentido que a preocupação deve ser não somente com os direitos fundamentais, mas com a existência de norma a garantir o direito.

Ao tratar do problema da norma no campo dos direitos fundamentais Alexy afirma que “normas de direitos fundamentais são normas.” (ALEXY, 2012, p. 51) De igual importância passa a ser, nas palavras do supracitado autor, o conceito de norma. Segundo Alexy

o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma. O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. (ALEXY, 2012, p. 51)

Percebe-se, portanto, ser necessário entender o conceito de norma para entender o conceito de norma de direito fundamental. Posicionamo-nos, entretanto, de que igual importância tem o conceito de Direito para melhor entender a conceituação de norma. Portanto assumiremos para este projeto de pesquisa o conceito de Direito proposto por Alexy e que contém a legalidade, a eficácia e a correção. Consoante Alexy

o direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção, consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao qual pertencem os princípios e outros argumentos

normativos, nos quais se apoia e/ou deve ser apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Lê-se pelo conceito exposto ser ele o mais apropriado para o que este projeto de pesquisa está propondo. Ou seja, a utilização da conceituação de norma de direito fundamental e de direito de Robert Alexy na interpretação do direito à saúde e sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição da República Federativa do Brasil. Consoante Silva (2014) devem ser observadas que

as regras constitucionais deontológicas é que são normas constitucionais, porque só elas exprimem dever-ser, só elas conferem direitos e impõem deveres, reveladas basicamente nas normas de direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2014, p. 935)

Por fim, este projeto de pesquisa norteado pelo construto teórico de Alexy e com base no pensamento jurídico pós-positivista irá trabalhar com a análise de textos jurisprudenciais advindos do STF por ser este o Tribunal competente, conforme previsão constitucional, a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

## **5. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.**

O exposto até o presente neste construto demonstrou a necessidade de que a discussão sobre saúde perpassa, de forma direta e indireta, pelo prescrito no Art. 225/CF, Caput. Ou seja, de que tenhamos um meio ambiente ecologicamente equilibrado como possibilidade de qualidade de vida. A problemática atual, desafio ao mundo jurídico, reside em resgatarmos a leitura do texto constitucional a partir de seus fundamentos, Art. 1º/CF, e dos objetivos expostos no Art. 3º/CF.

Pugna-se, portanto, pela discussão sobre o desenvolvimento nacional e pela erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais e regionais, incisos II e III do Art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tais situações não podem, e é esta nossa discussão central, serem alcançadas se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como alicerce à saúde não for considerado como prioridade.

Postas estas linhas chegamos ao ponto onde os objetivos constitucionais desenham o caminho até a construção de um desenvolvimento nacional de forma a erradicar a pobreza. O alcance de tal objetivo já teria, por si, eliminado as desigualdades sociais e regionais.

Necessário se faz, portanto, que superarmos a discussão do campo político para uma política de planejamento de Estado e não de Governo como tem sido a tônica do Estado brasileiro. O direito fundamental à sustentabilidade perpassa, então, pela economia, sociedade e a questão ambiental como situação equacionada.

Neste esteio afirma Sachs (2004) de que

um potencial latente para construir estratégias de desenvolvimento nacionais, incluídas, sustentáveis e sustentadas, capazes de quebrar o ciclo vicioso de subdesenvolvimento e pobreza, dentro de um esquema de economias mistas, devidamente regulamentadas por estados desenvolvimentistas enxutos, limpos e democráticos.” (SACHS, 2004, p. 70)

Em outras palavras, o alcance dos objetivos constitucionais passa, de forma óbvia, pelo resgate do homem, como dito linhas acima, para sua condição de cidadão e, assim, realização da cidadania à ótica ambiental promovendo políticas sustentáveis e alcançando, assim a sustentabilidade. Não se fala, aqui, de igualdade, mas de alcance do escrito pelo constituinte originário no Art. 3º, III da CRFB/88. E ainda na linha proposta pelo autor supracitado temos de considerar que

não temos o direito de sacrificar a geração presente em prol de um futuro radiante para aqueles que virão depois de nós, da mesma forma que não temos o direito de privar as gerações futuras de herdarem um planeta habitável. (SACHS, 2004, p. 75)

Significa, portanto, que o desenvolvimento econômico não pode desconsiderar a questão ambiental sob pena de colocar em risco a saúde de gerações futuras ao tornar o ambiente Terra área inabitável.

Desta forma o direito fundamental à saúde guarda sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e promove, ao mesmo tempo, os objetivos constitucionais. Saliente-se, ainda, de que tal caminho é o único à realização da dignidade da pessoa humana.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao término do presente construto teórico percebe-se a possibilidade, na realidade uma necessidade, do operador do Direito a viver no Séc. XXI, de trabalhar com outros saberes como a sociologia, a filosofia, a ética e a bioética. É momento de superar a separação em saberes presentes nos estudos jurídicos para uma leitura sistêmica dos escritos legais.

O debate estabelecido ao longo destas linhas confirmou a premissa de que o Direito à Saúde é, além de um dos direitos fundamentais, como deve ser observado a partir do Direito Ambiental. Especificamente, o Direito deve pensar a saúde a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se, ainda, a possibilidade da construção de uma existência digna na seara da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional. Confirma-se a necessária interpretação da Lei Maior como esteio à garantia da pessoa humana a ter acesso à sadia qualidade de vida. Neste sentido urge compreender que a discussão jurídica relacionada ao Direito Ambiental é, antes de tudo, um diálogo

relacionado ao Direito à Saúde no sentido de a preservação do meio ambiente significar a continuidade da existência humana.

Lê-se, entretanto, que a discussão aqui realizada somente pode ser realizada em sua concretude com a ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e conseqüente abandono à perspectiva da precificação dos direitos fundamentais e valoração da pessoa humana.

Necessária se faz a superação do divórcio do homem em relação ao cidadão de forma a resgatar este último a ser construtor da sociedade no concernente à existência do meio ambiente com condições de gerar qualidade de vida à sociedade. O homem precisa, assim, voltar a viver próximo a si.

Pugna-se, portanto, para que o arcabouço normativo existente no texto da Carta Magna de 1988 possa ter eficácia no concernente à melhoria da qualidade de vida enquanto esteio ao direito fundamental à saúde e, por conseqüência, diminuindo a incidência de novas doenças advindas da degradação do ambiente em que estamos a habitar.

Por fim, demonstrou-se que o processo de não atendimento aos direitos fundamentais atinge o homem em sua essência e este não percebe tal fato devido a resistir em chegar à maioridade no sentido kantiano. Comprovou-se, neste diapasão, da impossibilidade de o Estado, sem que o homem resgate o cidadão, da realização do preceituado enquanto dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ética a nicômaco**. São Paulo, Martin Claret, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Assuntos Técnicos, 2008.

BUAIZ, Neiva Lima dos Santos & REIS, Gláucia Maria Teodoro. **Pensando no direito humano: subjetividade e poder**. IN TAYAH, José Marco. **Reflexiones sobre derecho latino-americano: estúdios em homenagem a la profesora Flavia Piovesan**. Buenos

Aires, Quorum, 2012.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do leste europeu.** 2ª Ed. rev. e ampl. até a EC nº 52/2006 – Rio de Janeiro, Editora Revan, 2006.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 7ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador, Editora JusPODIVM, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** 8ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo, Martin Claret, 2008.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura.** Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito.** Bauru, EDIPRO, 2007.

LEITE, Flamarion Tavares. **10 lições sobre kant.** 4ª Ed. Petrópolis, Vozes, 2010.

LÉVINAS, Emanuel. **Ensaio sobre a alteridade.** Petrópolis, Vozes, 2010.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional.** 7ª Ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.** São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAZ, Joseph. **Uma discussão sobre a teoria do direito.** Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Buygin. Trad. Sheila Stolz. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro, Garamond, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Izequias Estevam dos. **Textos selecionados de métodos e técnicas de pesquisa científica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Ímpetus, 2000.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda.

## **CAPÍTULO XIV**

### **ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO**

---

**Bruno Bandeira de Vasconcelos**

# ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

**Bruno Bandeira de Vasconcelos**

Mestre em Direito pela UFRGS,  
Teresina - PI

**RESUMO:** Muitos países latino-americanos veem passando por dificuldades em aplicação de conceitos adotados de países europeus e norte-americanos. Um destes conceitos é o de democracia, termo cunhado desde a Grécia antiga e que hoje vem passando por uma crise de significado frente às anomalias do sistema representativo na América. Dessa forma, é objetivo desse trabalho analisar a realidade das democracias latino-americanas pós período ditatorial e apontar quais os elementos que essa conjuntura demanda na reformulação do conceito de democracia. Para atingir tal objetivo será realizado uma análise de cunho qualitativo e quantitativo através de um vasto material bibliográfico, tendo como principais expoentes Jürgen Habermas, Roberto Gargarella, Juan Carlos Bayón, José Carlos Buzanello e Camila Penna. Os resultados da primeira fase desta pesquisa demonstram que o conceito de Democracia enfrenta problemas na sua dimensão teórica e na dimensão prática. Os problemas teóricos estão ligados à interdependência do conceito de democracia ao de Estado-nação. Os problemas práticos estão na não-observância do contexto latino-americano, onde práticas como o coronelismo, mandonismo, clientelismo e o lobismo ainda persistem. Todas essas anomalias causam um esvaziamento do conceito de democracia, afetando o usufruto dos Direitos Humanos de primeira e segunda geração. A partir dos resultados obtidos nesse primeiro momento foi possível estabelecer pontos de modificação e sugestões legislativas para uma gradual adaptação da realidade latino americana ao conceito de democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; Movimentos Sociais; Representação.

## 1. INTRODUÇÃO

A construção do conceito de democracia vem passando por algumas alterações durante os séculos no imaginário político mundial, em especial nos países ocidentais. Quase sempre atrelada à ideia de Estado-Nação, essa concepção acompanhou as mudanças geopolíticas internacionais como a crise de 1929, as duas guerras mundiais e o surgimento de órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a União Europeia (EU) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Assim como nas demais sociedades, o conceito também é tratado na Constituição federal brasileira enquanto um dos fundamentos da formação do Estado. Conforme o preâmbulo constitucional, o Brasil constituiu-se enquanto um estado democrático e todo o seu “poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O problema

surge quando o conjunto de decisões tomadas pelos países ultrapassam as escolhas individuais dos representantes populares. No momento em que os desígnios externos ao processo de representação passam a interagir e alterar os caminhos internos de ações governamentais surgem os processos de anomalia democrática. Estes são alguns dos principais problemas enfrentados na atualidade em razão da adoção do conceito de democracia com base na ideia e estado-nação.

Assim, é objetivo desse artigo apresentar os problemas atuais acerca da conceituação de democracia representativa, como também de discutir algumas soluções propostas por juristas e filósofos reconhecidos na atualidade como Manuel Atienza e Juan Carlos Bayón. Para tanto será discutido em um primeiro momento o papel de proteção e atuação do Estado frente ao indivíduo na sua singularidade pela ótica dos contratualistas enquanto que no segundo momento será apresentada a perspectiva desenvolvida pela filosofia jurídica contemporânea, em especial a regionalização do direito proposta por Manuel Atienza.

## 2. A REPRODUÇÃO DE UM CONCEITO INSUFICIENTE

Nesse cenário de crise dos conceitos de democracia faz-se necessário recorrer à base filosófica de discussão acerca do Estado Moderno no intuito de procurar uma solução para a problema do papel do indivíduo nas decisões estatais. Thomas Hobbes, ainda durante o século XVII, elencou em suas obras questões relativas à obrigação e o dever do Estado Moderno perante a sociedade. Um dos pontos chave para a compreensão da teoria Hobbesiana está nas tarefas do Estado perante o indivíduo e do indivíduo frente o Estado. Apesar de não ser referenciado enquanto um teórico para a análise do direito de resistência e de participação política, a leitura à contrapelo (GINZBURG, 1987) de sua obra ajuda na compreensão e dos casos em que o cidadão não deve obediência perante ao Governo (e não ao Estado). Dessa forma, conseguimos ao longo de sua leitura desvendar os aspectos iniciais da democracia.

A base da teoria hobbesiana está na compreensão do ser humano em seu estado natural: o da preservação de si e de seus proveitos. O estado de natureza é o estado de preservação do direito individual absoluto e sem limites, o que gera por sua definição uma ameaça à subjetividade do outro. Dessa forma, por não possuir limitações, o direito de todos contra todos também é o direito de todos sobre todos e todas as coisas, o que gera o sentimento de autopreservação e por consequência a violência. Assim, “[...] quando não existe algo como um poder soberano constituído, o qual proporciona esta proteção, deve-se entender com isso que o direito de todo homem a fazer qualquer coisa que pareça boa a seus olhos ainda permanece com ele [...]” (HOBBS, 2010, p. 236). Com isso, se o soberano não garante aos indivíduos condições de segurança frente a um terceiro, o direito original de autopreservação ainda permanece com o indivíduo e este, conforme destaca Buzanello:

Nesse caso, os limites do Estado são alargados por força das

circunstâncias, mas de qualquer forma cabe o direito de resistência. Não é diferente a conclusão de Hobbes, de que todos os direitos foram transferidos dos cidadãos para o soberano para possibilitar a convivência comum; contudo, se aquele ameaça de morte os súditos, estes têm o direito de resistir, pois foram aviltados no seu primeiro direito, razão da existência do Estado. (BUZANELLO, acesso em 2016)

Portanto, para além o apresentado pelo supracitado autor, o direito de resistência em Hobbes ainda permanece mesmo quando a vida do indivíduo não está em risco iminente, como no caso de cobranças superiores à sua capacidade de pagamento (HOBBS, 2010, p. 139). Visto dessa forma, fica o questionamento se, durante a obra de Hobbes permanece a possibilidade de destituição do soberano sem, com isso, retornar ao estado natural do homem: o da autopreservação e o da guerra contra todos. Em diversas passagens é possível auferir que na obra *Elements of Law* (elementos da lei) não está presente esse caso, pois apesar de governo e Estado não coincidirem no mesmo conceito, Hobbes aponta que a destituição de um levaria ao fim do outro.

Sobre os motivos que levariam a um povo resistir a um Governo, Thomas Hobbes destaca três gêneros de sedição: o descontentamento, a pretensão de direito e a expectativa de êxito. Destas categorias apresentadas a pretensão de direito merece destaque, pois “se dá quando os homens têm uma opinião ou pretendem ter uma opinião, de que em certos casos eles podem legitimamente resistir àquele ou aqueles que detêm o poder soberano, ou privá-los dos meios de executar esse poder” (HOBBS, 2010, p. 138). Essa seria uma falácia de acordo com o pensamento de Hobbes pois insurgiria a espada particular:

Esse poder de coerção – como foi dito no capítulo II, seção 3, da última parte – consiste na transferência do direito que cada homem tem de resistir àquele a quem se transferiu o poder de coerção. Portanto, segue-se que nenhum homem, em qualquer república que seja, tem o direito de resistir àquele, ou àqueles, a quem transferiu este poder coercitivo ou (como os homens costumam chamar) a espada da justiça, supondo possível a não resistência. (HOBBS, 2010, p. 137)

É nessa categoria que incorrem as resistências de objeções de consciência, presentes até a contemporaneidade em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro. Entretanto, Hobbes afirma em diversos momentos não é possível tal prática dentro de um Estado, pois abriria a possibilidade de que cada homem guardasse para si o poder da espada para resistir ao que acredita ser o correto. A base da argumentação de Hobbes é principalmente acerca da manutenção e na estabilidade de regimes durante a era moderna. Dessa forma, contextualizando historicamente a construção do seu pensamento com as repúblicas de pouca duração em contraposição com as monarquias de longa estabilidade como a inglesa, o autor pautou sua defesa do poder absoluto como um aspecto de manutenção nos regimes.

Portanto, a partir do exposto é possível perceber que as causas de formação

do Estado para Thomas Hobbes giram em torno do medo e da autopreservação. Assim, somente com a restrição de direitos realizadas pela confluência em uma convenção com o Estado os indivíduos conseguiriam estabelecer uma ordem estável e democrática.

Uma das problemáticas envolvendo o conceito hobbesiano de formação e estruturação estatal está na ausência de contrapontos individuais para o enfrentamento perante o Estado. As causas de dissolução do governo levam necessariamente, durante a obra do autor, ao fim do Estado e ao retorno à condição natural dos seres humanos: a guerra. Também é inexpressivo na obra de Hobbes instrumentos de participação individual para o contraponto ao poder Estatal pelos indivíduos, considerado por Hobbes como a espada individual, atuação essa que também levaria ao fim do governo, do Estado e o retorno à condição natural do homem.

Assim, a dinâmica da modernidade e da contemporaneidade mostrou que os Estados podem e devem possuir instrumentos de contrapesos para a sua atuação frente aos indivíduos, mostrando que a perspectiva adotada por Hobbes ainda no século XVII era insuficiente para ilustrar a relação entre esses entes. Além deste, outros teóricos como John Locke também procuram exercitar o diálogo entre Estado e indivíduos.

Em sua obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil (séc. XVII), John Locke observa que das causas de formação do governo civil estão não apenas o medo de retaliações como destaca Thomas Hobbes, mas também no “acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade.” (LOCKE, 2008, p. 61)

A condição natural dos homens fora da constituição de um Estado em John Locke nos remete à uma situação horizontal de igualdade absoluta entre os indivíduos. Assim, se um homem deseja fazer mal a outrem também poderá receber esse mal como consequência:

Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano. (LOCKE, 2008, p. 36)

Dessa forma, o Direito natural em Locke observa atentamente às particularidades do genesis bíblico na medida em que não garante um direito absoluto de todos sobre todas as coisas (permissividade), mas de todos os direitos necessários a preservar à sua pessoa (liberdade). É evidente a existência de uma

organização pré-estatal que também cria e organiza as liberdades e as punições aos excessos cometidos pelos indivíduos (LOCKE, 2008, P. 37). Entretanto, o principal motivo apresentado pelo teórico para a união entre os homens ainda permanece na manutenção de um conjunto de direitos listados dentro do conceito de propriedade (LOCKE, 2008, p. 37).

Entretanto, diferente do olhar apresentado por Hobbes em que o Estado tomaria as decisões de forma quase absoluta frente aos membros, John Locke aponta que as decisões em um governo civil são tomadas pela maioria, assim como o governo:

E por isso, naquelas assembleias cujo poder é extraído de leis positivas, em que a lei positiva que os habilita a agir não fixa o número estabelecido, vemos que a escolha da maioria passa por aquela do conjunto, e importa na decisão sem contestação, porque tem atrás de si o poder do conjunto, em virtude da lei da natureza e da razão[...] E assim cada homem, consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se obriga diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e a concordar com ela; do contrário, se ele permanecesse livre e regido como antes pelo estado de natureza, este pacto inicial, em que ele e os outros se incorporaram em uma sociedade, não significaria nada e não seria um pacto. (LOCKE, 2008, p. 61)

Partindo do pressuposto argumentativo de John Locke é possível aferir que o respeito à decisão judicial manifestada por um Tribunal de Justiça adentraria no respeito da maioria, pois a tomada dessa decisão é feita por um órgão membro de um governo escolhido pela maioria. Assim, o elemento chave para o relacionamento entre os indivíduos e o Estado está na escolha do Governo Civil.

Diferente de Thomas Hobbes, John Locke abre a possibilidade de instituição de governos longos e duradouros fora do espectro da monarquia absolutista, prática essa já habitual entre os antigos<sup>10</sup>. Assim, abre uma nova perspectiva de análise pautada também na história dos povos antigos para a compreensão do porquê do surgimento dos reinos (profanos e sagrados).

Assim como Hobbes destaca que o papel do Estado seria a preservação da vida e dos seus proveitos, John Locke designa ao Poder Legislativo ou ao poder supremo do Estado a tarefa de exercer os dois poderes por ele elencados como ausentes em um estado de natureza: julgar e punir conforme a coletividade, pois muitas condições careceriam em um estado de natureza:

Em primeiro lugar, ele [estado de natureza] carece de uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. [...]. Em segundo lugar, falta no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida.

[...]. Em terceiro lugar, no estado de natureza frequentemente falta poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução. (LOCKE, 2008, p. 69)

O poder de julgar ocorre, segundo o autor, através de atos de juízes que julgam a partir de uma visão social, defendida pela maioria dos seus membros (LOCKE, 2008, p. 70). Assim como o poder de julgamento, o poder de punição (execução) não cabe ao indivíduo dentro de um corpo político, mas ao chamado Poder Executivo (executor e não executivo na carga de conteúdo contemporânea). Em torno dessas práticas John Locke destaca que é necessário que haja justiça e que tais práticas sejam tomadas com base o coletivo e não o individual, adiantando assim as causas de dissolução desse governo civil.

Uma das problemáticas que surgem com o advento dos Estados a partir da perspectiva Lockiana é como o indivíduo circunscrito dentro desse corpo civil deve agir em caso de corrupção do sistema e de não garantia dos direitos naturais.

Antes de apontar a causas de dissolução do governo, Locke destaca as diferenças entre Governo civil e Estado, deixando em evidência as situações em que a derrubada de uma leva necessariamente ao fim da outra.

Quando se deseja falar da dissolução do governo com alguma clareza, é preciso começar por distinguir entre a dissolução da sociedade e a dissolução do governo. Aquilo que constitui a comunidade e tira os homens do estado livre da natureza e os coloca em uma sociedade política é o acordo que cada um estabelece com o restante para se associar e agir como um único corpo, e assim se tornar uma comunidade civil distinta. A maneira usual e praticamente a única pela qual esta união é dissolvida é a invasão de uma força estrangeira realizando uma conquista (LOCKE, 2008, p. 93)

Diferente de Hobbes, Locke desenvolveu uma vasta teoria sobre o direito de resistência frente aos atos do Estado “[...] quando os indivíduos estivessem convencidos de que a propriedade, a liberdade, a vida e também a religião estavam em perigo. A resistência, assim concebida, é constituída para derrotar exatamente a força ilegítima que atua contra bens e valores” (BUZANELLO, 2008, p. 60). Ou seja, quando o Estado falhar na prestação do que Locke concebe enquanto propriedade, conforme visto anteriormente, está autorizada a resistência e dissolução do governo civil.

John Locke opera então como um defensor do liberalismo estatal, atribuindo ao governo somente a função de preservar os direitos individuais e os bens comuns” (BUZANELLO, 2008, p. 60). Suas ideias acastelam os interesses burgueses de uma sociedade que saia da transição feudal para a sua formação capitalista. Ao combater o absolutismo do Estado, Locke abre espaço para a atuação do comércio e dos direitos individuais da burguesia.

Outra situação apresentada como legítima para a resistência perante o Estado está na usurpação de poder legislativo, quando esse passa a não exercer a sua função determinada no parlamento. A terceira hipótese colocada seria a do

abuso de poder, característico do Estado absolutista inglês:

Abuso de poder: ocorre quando o governante ou o legislativo se torna tirano, agindo contrariamente ao encargo que recebem ou transgredindo a regra fundamental da sociedade, seja por ambição, loucura ou corrupção, tornando-se a si mesmos senhores da vida, da liberdade e dos direitos do povo. Nesse caso, deixa de ser devida a obediência dos governados e, se os governantes insistem em permanecer no cargo, a resistência passa a ser um verdadeiro dever, antes de ser direito, isto é, “apelar aos céus”, na expressão de Locke. ” (BUZANELLO, 2008, p. 68)

Portanto, é possível perceber que Locke deposita no Poder Legislativo as principais prerrogativas de defesa do cidadão frente ao Estado. É do legislativo que também emergem as normas que deverão ser obedecidas, constituindo o que é ilegal e o que seria aceito socialmente. Nesse contexto, a revogação do Poder legislativo, assim como a sua corrupção, ambição ou loucura representaria um perigo para a sociedade, podendo esta se voltar contra essas normas e contra o próprio Estado:

Quando um ou mais indivíduos assumem a tarefa de legislar, sem que o povo os tenha autorizado a fazê-lo, eles fazem leis sem autoridade, e por isso o povo se vê novamente desobrigado de qualquer sujeição e pode constituir para si um novo legislativo, como achar melhor, estando em ampla liberdade para resistir à força daqueles que, sem autoridade, iriam lhes impor qualquer coisa. (LOCKE, 2006, p. 214)

Ainda que no século XVII (1662) os enigmas que atravessam a relação entre o indivíduo e o Estado ainda estivessem obscuros e pouco estudados, John Locke e Thomas Hobbes laçam argumentos que podem ser debatidos ainda hoje no século XXI. Um possível exemplo contemporâneo desse tipo de resistência a atos ilegítimos do Estado está na Ucrânia. Durante o ano de 2014, o referido país que faz fronteiras geográficas, políticas, sociais e econômicas com a União Europeia e com a Rússia, aprovou uma lei que proibia e criminalizava atos de protesto realizados em ambientes públicos. Uma parcela da população, indignada, voltou às ruas, ignorando as normas instituídas pelo governo e resistindo aos atos estatais, já considerados ilegítimos. O resultado da insubordinação social foi a queda do Governo de Viktor Ianukovich, revelando assim um poder que já havia se corrompido e que não atendia às demandas populares.

A subversão e a corrupção do poder legislativo e/ou poder executivo, conforme destacado por John Locke constitui causa de dissolução do governo civil. Os indivíduos são chamados assim a participar do processo de derrubada dos governantes e reinstituição de um novo governo civil pautado na vontade da maioria assim manifestada.

Portanto, diante o exposto é possível perceber algumas semelhanças e tantas diferenças entre os contratualistas do século XVII acerca da relação entre Estado e indivíduo. Chega-se assim a conclusão que as forças que gerem, nutrem e legitimam

o Estado está no poder político dos indivíduos que assim se unem em prol da construção de um governo civil.

Diferente do que aponta John Locke e Thomas Hobbes, Montesquieu destaca que a situação onde o ser humano estaria em um estado natural seria também regida pelas leis naturais que, em razão da igualdade e do medo dos outros, haveria uma situação de paz. Montesquieu utiliza assim os mesmos argumentos dos seus predecessores, mas de forma a construir uma teoria original e contrária aos demais contratualistas:

Le désir que Hobbes donne d'abord aux hommes de se subjuguier les uns les autres, n'est pas raisonnable. L'idée de l'empire et de la domination est si composée, et dépend de tant d'autres idées, que ce ne serait pas celle qu'il aurait d'abord. Hobbes demande pourquoi, si les hommes ne sont pas naturellement en état de guerre, ils vont toujours armés, et pourquoi ils ont des clefs pour fermer leurs maisons. Mais on ne sent pas que l'on attribue aux hommes avant l'établissement des sociétés, ce qui ne peut leur arriver qu'après cet établissement, qui leur fait trouver des motifs pour s'attaquer et pour se défendre. (MONTESQUIEU, acesso em 2016)

Assim, mesmo que parta do mesmo princípio hobbesiano da necessidade de auto-preservação dos seres humanos, Montesquieu chega a uma conclusão divergente, apoiando-se na ideia de que a paz é o elemento que inicialmente rege o convívio humano. Dessa forma, o estado de guerra entre os homens começa a partir do momento em que estes formam uma sociedade (MONTESQUIEU, acesso em 2016, p. 24), criando situações de desigualdade e dominação. Inicialmente injusto e violento, o governo civil apresentado por Montesquieu necessita de uma série de instrumentos para a pacificação social.

Passados os elementos iniciais da formação do Estado moderno e da sua modificação ao longo da história, chega-se à indagação frente à realidade na América Latina: qual o significado ideal e real de democracia? Em uma pesquisa realizada ao longo dos anos 2000, chegou-se à conclusão que o conceito não possui uma aplicação no cotidiano dos latino americanos pois:

Em alguns dos países latino-americanos um percentual muito elevado dos entrevistados não respondeu ou não soube dizer qual é o significado que atribuiria à democracia. Há quatro casos nacionais [sic.] em que a proporção dos que não responderam ou não souberam situa-se em valores superiores a 40% nas duas medições: Brasil, El Salvador, Colômbia e Guatemala. (VITULLO, 2007, p. 82)

O percentual atribuído ao Brasil foi de 63% em 2002, corroborando com as teorias levantadas acerca da falta de apoio aos regimes democráticos na América Latina e, em especial, em países onde sobrevieram regimes totalitários por um largo período de tempo (VITULLO, 2007, p. 82). Entretanto, mesmo em países assolados pelo fenômeno de regimes totalitários, como no caso da Argentina, os índices se mantiveram baixos (11% em 2002), demonstrando que os elementos que distanciam o povo da discussão política não são palpáveis apenas por sua história

política recente.

Portanto, é possível perceber que em países que passaram por uma tradição de profundos debates acerca do processo de redemocratização ou mesmo da história política do país há uma conscientização maior do conceito de democracia e das necessidades essenciais da população. Exemplos como Argentina e Chile ilustram que, mesmo em casos onde houveram um número consideráveis de golpes ao longo do século XX, é possível perceber que o debate político auxiliou na concepção de um conceito de democracia. Entretanto cabe o questionamento: quais os conceitos sugeridos de democracia pela população?

Esta questão merece um destaque na medida em que adiciona uma perspectiva realista do conceito de democracia, termo este cunhado e estudado há milênios por intelectuais e filósofos. É preferível dizer que uma conceituação de sistema democrático a partir da população em geral possa nos fornecer os caminhos mais desejáveis para uma reformulação do conceito.

Em 2002, cerca de 35% dos entrevistados nos 17 países incluídos na medição do Latinobarômetro relacionaram o conceito de democracia com o exercício da liberdade enquanto que apenas 6% relacionaram ao direito ao voto. Quando questionados acerca do conceito de democracia, os pesquisadores apresentaram oito (8) alternativas fechadas, mas sem incluir dentro delas questões como a participação popular no governo:

Concretamente são oferecidas oito opções aos entrevistados: eleições regulares, limpas e transparentes, uma economia que assegure uma renda digna, um sistema judiciário que trate a todos por igual, liberdade de expressão, respeito às minorias, governo da maioria, um sistema de partidos que concorram entre si, membros do parlamento que representem seus eleitores. De todas elas, as que mais adesões conquistaram foram as quatro primeiras, as que juntas somaram em média 73% no conjunto dos 17 países incluídos na medição de 2002 [...] (VITULLO, 2007, p. 84)

Dessa forma, o conceito de democracia através desta pesquisa transitaria entre a escolha de representantes para o exercício político e a efetividade de direitos fundamentais e sociais através da economia. Segundo a mesma pesquisa, as concepções de democracia dentro dos países latino-americanos destoam do conceito entendido nos Estados Unidos da América, onde há uma prevalência da conotação política e de liberdade (VITULLO, 2007, p. 87).

A crise do sistema de representação democrática não tem suas origens na contemporaneidade. Muitos autores têm desenvolvido projetos em que há uma maior participação popular sem, contudo, conseguir êxito e efetividade nas suas tentativas (MIGUEL, 2014).

Parte destes problemas reside no fato do conceito atual de democracia ainda estar atrelado ao de Estado-Nação: “la forma institucional que há adoptado el ideal democrático en la modernidad ha sido, para bien o para mal, el gobierno representativo em el marco de los estados-nación” (MIGUEL, 2014, p. 121). A superação do conceito de democracia pautada na noção de estado-nação é

explicado pelo autor como algo desejável, pois superaríamos uma visão estadista da democracia. O resultado final dessa iniciativa seria a valorização de uma democracia a partir do rompimento do vínculo entre soberania e governo democrático, superando assim a visão de que a democracia necessariamente seria fornecida através da figura do Estado.

Outro ponto que merece ser destacado da apresentação de Bayón é a questão das internalidades e das externalidades dentro de um sistema político (MIGUEL, 2014, p. 123). Segundo o autor, as internalidades referem-se à decisões tomadas através de elementos em que o indivíduo consegue atuar em alguma medida. Um dos possíveis exemplos seria através da criação de um projeto de lei por determinado parlamentar escolhido por cidadãos. Entretanto, para além da aplicação do voto, Bayón aponta que a decisão legislativa e governamental pode ser decisivamente influenciada por questões externas à capacidade de escolha do corpo social. Um dos casos apresentados quanto à externalidade está na atuação do Fundo Monetário Internacional (FMI) na tomada de decisões de governos economicamente dependentes na década de 1990. Outro possível exemplo está na sobreposição da vontade da União Europeia (EU) em cima das escolhas, como no caso da dívida pública grega de 2015.

Os elementos internos seriam aqueles em que os indivíduos poderiam agir diretamente, seja através da escolha dos seus representantes, seja através de ações ou de conhecimento. A externalidade nos processos democráticos ocorre justamente quando esses elementos fogem ao conhecimento e à escolha pessoal de cada indivíduo do meio social.

Uma das soluções apresentadas pelo autor está na descentralização das tomadas de decisão, tornando uma sociedade mais heterogênea e com diversos centros de tomada de decisão. Delegar autoridade implica em ter uma capacidade de requerê-la novamente, argumento também apresentado por Hobbes em diversas passagens. Portanto, a conclusão verificada pelo autor é a da construção de um conceito de soberania post-soberana, onde deixaríamos de pensar em uma comunidade política partindo do pressuposto de apenas um tipo de cultura, e adotando a ideia de que a democracia existe em uma multiplicidade de indivíduos e culturas.

Surge então o questionamento de como seria possível traçar governos que ultrapassassem as fronteiras do nacional, uma vez que as diferentes culturas dentro de um único país já são, muitas vezes, o suficiente para emergir conflitos. Para compreender esta barreira é necessário levantar a diferença dos conceitos de *ethnos*, *demos*, e *demoi*.

O que define um *demos* é a capacidade dos seus membros se sentirem pertencentes a um mesmo coletivo, representando assim uma identidade coletiva. Dessa forma, em uma situação de eleições, quem votar em candidatos que não sejam eleitos se confortará com a decisão tomada pela maioria. O *demos* pressupõe assim a aceitação de decisões diversas em razão do bem da comunidade, aproximando assim as visões de políticas desenvolvidas por Rousseau e por Hannah Arendt.

Por sua vez, o Ethos baseia-se na noção de língua, cultura e identidade própria. No entanto essa noção aplicada a uma identidade nacional fica fragilizada a partir do surgimento de instituições supranacionais entre países que possuem cultura diversa.

A ideia de democracia e de governabilidade não deveria, segundo Juan Carlos Bayón basear-se na ideia de apenas um demos comum, mas por um conjunto de demos:

Lo que resulta fundamental en cualquier propuesta de democracia post-soberana es la idea de que deberíamos dejar de pensar en una comunidad política como algo necesariamente constituido alrededor de un solo demos (sea mayor o menor y más o menos homogéneo). Deberíamos pensar, en cambio, se disse, em uma multiplicidad de demos superpuestos a los que los individuos pertenecerían simultaneamente y a partir de los cuales debería constituirse algún tipo de sistema político democrático policéntrico o compuesto. (MIGUEL, 2014, p. 131)

Assim, chega-se a conclusão que o ideal democrático tem mudado com o surgimento de novos organismos de integração transnacionais como a União Europeia. O conceito de democracia urge então uma nova forma de realizar-se, mas sempre tomando como cuidado o não rebaixamento no seu conceito, o que fragilizaria os Estados Nacionais.

Em linhas gerais os movimentos de reivindicação possuem um papel ativo dentro do processo democrático e são responsáveis por conquistas importantes que vão desde a revogação de atos considerados incongruentes com a administração pública até a voto civil feminino, casamento homo afetivo, dentre outros. Dessa forma, os movimentos sociais não devem ser analisados sob a perspectiva apresentada por Hobbes como de dissolução dos governos, mas de fortalecimento da participação da democracia com papel na modificação social, assim como o próprio Direito.

Dessa forma, percebe-se que o legislador se preocupou em apresentar o poder constituinte como o principal elemento formador do Estado democrático (todo o poder emana do povo). Assim, verifica-se que a vontade popular é o princípio do próprio Estado moderno e também o vetor para o fim dos governos (e não dos Estados). Portanto, compreende-se que a participação de um povo dentro da estrutura do seu poder ultrapassa os limites da chamada cidadania pelo voto. Maria Garcia apresenta um conceito de democracia em que ao cidadão são reservadas as garantias de interferir ativamente no corpo social:

A liberdade deve tornar-se mais e mais **participação**: o cidadão deve participar na formação das grandes decisões políticas, deve participar mais ativamente, sempre, na gestão dos assuntos locais, deve também participar na gestão dos serviços econômicos e sociais, tais como a Seguridade Social e, sobretudo, na concretização de medidas de proteção das liberdades, questão sempre polêmica. (GARCIA, 2004, p. 136)

Com o fim do regime de exceção militar, o exercício da democracia expandiu os seus territórios na medida em que o país adentrou em uma longa jornada de reconstrução da economia e da sociedade. Longe de representar uma ruptura total para com o modelo pré-88, a Constituição Federal trouxe para o ordenamento brasileiro um “dever ser” no qual todos deveriam buscar a efetividade de suas normas. No entanto, com a crise econômica da década de 1980 e com a ascensão do neoliberalismo na década de 1990, algumas dessas garantias fundamentais defendidas foram deixadas de lado em torno de projetos eleitos como maiores, como a reforma econômica e do reaparelhamento estatal.

Percebeu-se, através da mudança do regime do Welfare State que as pretensões sociais apreendidas pelos movimentos saíram da reivindicação por um Estado democrático (pré-88) para a efetivação dos direitos então elencados na Constituição de 1988. Conforme destaca Buzanello, a função do Estado pós-88 continuou regida pelo princípio do bem estar social:

Essa é a função do Estado: formular políticas que alcancem essa massa humana, que conhecemos por sem-terra, sem-teto, sem-renda, sem-emprego e sem-nada. A não distribuição equânime da justiça social, além de descumprir um preceito constitucional, legítima política e juridicamente os movimentos sociais a exercerem o direito de resistência. (BUZANELLO, 2006, p. 121)

Apesar do estruturado constitucionalmente, a realidade econômica e financeira do Brasil caminhou para outro lado, regido pelo neoliberalismo. Essa incoerência entre as normativas constitucionais e as práticas desse novo capitalismo geraram uma mudança substancial na estrutura do governo na década de 1990, retirando das prioridades de investimento estatal a saúde e a educação pública. Por fim, também foi defendida a privatização de rodovias e de outros meios de locomoção (transporte coletivo dentro do município – regime de concessão), finalizando na privatização de empresas nacionais.

Quanto à democracia, além do voto, rotineiramente elencado como a forma de participação na democracia, há de se destacar os plebiscitos, os referendos, a participação enquanto jurados, assim como a aferição de todos os direitos políticos. Esses elementos são considerados integrantes do conceito de direitos políticos e devem ser levados em consideração no exercício da cidadania.

Portanto, partindo do pressuposto da aceção do conceito de democracia participativa, subentende-se legítimo o poder popular de questionar o público (representante do povo) nas suas atitudes, seja como fiscal, ou como partícipe. Em um entendimento mais geral do termo, as resistências e os protestos realizados pelos movimentos sociais pós-88 veem buscando a concretização dos princípios e preceitos constitucionais. Não há exigências pelo fim do Estado e nem pelo fim do Governo, mas pela real efetividade do que foi levantado na CF/88. Dessa forma, os movimentos sociais reivindicatórios pertencem a uma categoria defendida por Hobbes e por Locke como legítimas na elaboração de suas teorias políticas.

Manuel Atienza, jurista e filósofo da Universidade de Alicante (ESP) propõe

uma análise do Direito sob uma perspectiva mais regional, valorizando o contexto de cada nação em torno de soluções amplas e irrestritas elaboradas em determinados contextos. Em questões claras, Atienza aponta que na contemporaneidade o Direito assumiu diversas funções para além do que habitualmente vinha desempenhando:

Pues, por um lado, es comprensible que se vea con simpatía que un juez se atreva a ir más allá de donde los legisladores (y la Administración) parecían dispuestos a ir, al solicitar que se confeccionen las listas de los represaliados durante y después de la guerra civil [...]. (ATIENZA, 2013, p. 36)

A concentração de poder político no Direito é uma das deformidades presentes também no conceito de democracia na medida em que representa um elemento completamente exógeno à escolha democrática. Diversas questões que inicialmente são vistas com bons olhos por representarem conquistas de segmentos sem visibilidades da sociedade na verdade demonstram o grau de deformidade vivenciado.

A solução apresentada pelo autor não é simples, pois gera alguns questionamentos sobre um excesso de regionalização das teorias, mas ajuda a repensar o papel dos movimentos sociais dentro desse prisma, pois “Não nos damos conta, mas o que estamos importando das universidades do mundo anglo-saxão são problemas, métodos de análise e objetivos que podem não ser exatamente os que seriam de maior interesse para nós” (VALE, acesso em 2016).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dinâmicas dos séculos trouxeram elementos que modificaram as regras do jogo da democracia, tornando o conceito ultrapassado e ainda relacionado com a noção de estado-nação. Dessa forma, surgiram também elementos exógenos que enfraqueceram o poder de escolha dos representantes pelos indivíduos.

O aparecimento de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Mundial veem contribuindo igualmente para a retirada de decisões de países e para o estímulo de decisões multinacionais, globais. Fica evidente assim a necessidade de discussão acerca do que significa democracia e como transformar as externalidades em internalidades dentro do processo de escolha de representantes.

Assim, o presente trabalho propôs uma rápida indagação sobre os melhores caminhos a seguir em um primeiro momento na busca por uma redefinição da democracia e da modificação das práticas políticas em torno de uma maior representatividade dos indivíduos.

Os resultados obtidos podem ser descritos em três searas. A primeira apresentada por Manuel Atienza nos leva a perseguir um caminho voltado para a resolução de conflitos em uma escala regional, sem a aplicação de conceitos ou soluções descontextualizadas da prática diária. Dessa forma o conceito de

democracia já não consistiria em uma peça única relacionada exclusivamente com o Estado, mas com organismos internacionais e diversas outras práticas mundiais presentes.

No entanto, o conceito de democracia ainda está estritamente ligado ao de Estado-nação, dificultando o processo de modificação. Os movimentos sociais surgem então como um elo de prática e ativismo na busca pela efetivação de direitos fundamentais. Assim, aliado à resolução de questões com base no regionalismo, os movimentos sociais agiriam no intuito de descentralizar questões relativas à democracia representativa, dando menos prerrogativas aos três poderes e recuperando parte das práticas tomadas pelo processo de judicialização.

A terceira solução para o problema da representatividade apresentado seria a utilização de democracia Post-Soberana: uma ideia de que deveríamos deixar de pensar em uma comunidade política como algo necessariamente construídos ao redor de apenas um tipo de demos. Esse conceito baseia-se em uma multiplicidade de demoi sobrepostos aos indivíduos que pertencem simultaneamente e a partir dos quais deveríamos se construir algum tipo de sistema político democrático composto e com vários centros. Com isso as organizações internacionais também estariam sujeitas à participação do indivíduo na sua singularidade e com isso o conceito de democracia encontraria uma maior eficiência na atualidade.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia más allá del Estado? In: MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Entre Estado e cosmopolis**. Madrid: editora Trotta, 2014.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006,

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência**. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15391/13974> >. Acesso em 26 de jan. 2016.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes: O cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição**. Trad. Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Cia. das letras, 1987.

HOBBS, Thomas. **Elementos da lei natural e política**. 1. ed. São Paulo: Martins

Fontes. 2010

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo. Rio de Janeiro: Vozes, 2008

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**, p. 23. Disponível em: < [http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055\\_MONT.pdf](http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf) >. Acesso em 25 jan. 2016.

VALE, André Rufino do. **Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante> >. Acesso em 26 jan. 2016.

VITULLO, Gabriel Eduardo. **Teorias da democratização e democracia na Argentina contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2007.

**ABSTRACT:** Many Latin American countries see difficulties in applying concepts adopted by European and North American countries. One of these concepts is democracy, a term coined from an ancient and ancient, and we are aware of a crisis of meaning in the face of the anomalies of the representative system in America. Thus, it is the objective of the work of analysis of the American latencies, the period of time and the point that are the elements that compose the demand in the reformulation of the concept of democracy. For more information on the vast bibliographical material, with the main exponent Jürgen Habermas, Roberto Gargarella, Juan Carlos Bayón, José Carlos Buzanello and Camila Penna. The results of the first phase of this research demonstrate that the concept of Democracy faces problems in its theoretical dimension and in the practical dimension. The problems are ideal for the interdependence of the concept of democracy with the nation-state. The practical problems are unobserved from the Latin American context, where practices such as coronelismo, mandonismo, clientelismo and lobismo still persist. All these anomalies cause a depletion of the concept of democracy, affecting the enjoyment of Human Rights of first and second generation. From the results obtained in the first moment, it is possible to establish points of modification and legislative suggestions for a gradual adaptation of the Latin American reality to the concept of democracy.

**KEYWORDS:** Democracy; Social movements; Representation.

## **CAPÍTULO XV**

### **MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE FUTURO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

---

**Elaine Cler Alexandre dos Santos  
Heitor Romero Marques**

**Elaine Cler Alexandre dos Santos**

Doutoranda em desenvolvimento Local em contexto de territorialidade – UCDB, Políticas Públicas e Dinâmicas de Inovação em Desenvolvimento Territorial

**Heitor Romero Marques**

Doutor em Desenvolvimento Local, Universidade Complutense de Madri, [heitorma@ucdb.br](mailto:heitorma@ucdb.br)

**RESUMO:** O trabalho demonstra a real importância da implementação da mediação, como meio autocompositivo de solução de conflitos, baseado na atual disposição mínima do Estado Juiz, para as decisões que lhes chega, e da real descrença dos cidadãos para com as decisões recebidas. O motivo para tal descrença é o excesso de processos distribuídos no Poder Judiciário, e o ínfimo número de julgadores. Além dos diversos e infindáveis recursos ou outros meios capazes de protelarem a justiça. Outro motivo é que as decisões não acolhem as reais pretensões das partes, e lhes dão alternativas distintas das suas reais pretensões, imperando a insatisfação, o descontentamento, a intriga e o descrédito. Surge a necessidade de um meio de solução capaz de pôr fim ao processo, de dar a cada um o que é de cada um, assegurando com isso a satisfação e a crença na resposta definitiva para referido conflito. A mediação é a ferramenta capaz de imbuir a mentalidade de resolução de conflitos por si próprio, auxiliado por um terceiro imparcial, o mediador, que lhes assegura a percepção de que a melhor maneira de resolverem suas lides, conflitos, descontentamentos, é pela certeza dos seus desejos, e, não por uma imposição judicial. A mediação convence as partes de que a resolução da presente disputa ou do presente conflito, se bem entendido, e, bem resolvido, será capaz de ensiná-los para a vida futura. Que empoderados são capazes de corrigir problemas passados, presentes e futuros.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1 Estado; 2 Conflitos; 3 Mediação; 4 Empoderamento; 5 Desenvolvimento.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho aborda um tema de extrema relevância no mundo jurídico, mediação e justiça: uma questão de futuro e desenvolvimento social, que é a solução alternativa de conflitos, denominada mediação, vista como instrumento de inspiração, trazida dos norte-americanos, como uma cultura e uma nova identidade dos povos atuais na busca da pacificação social e analisando a problemática que a sociedade vivencia, perante os órgãos Judiciários, na tentativa de resolver os conflitos sociais vividos, percebe-se sua importância.

---

<sup>11</sup> Trabalho submetido ao Gt Desenvolvimento Local e o Contexto da Territorialidade, do X Congresso Técnico e I Congresso Científico Ícones do Direito.

Inserir diretamente ao Estado o papel de provedor único das decisões levadas a juízo, já foi tarefa fácil, mas, nos dias de hoje não é mais. Depara-se com a desenfreada busca por soluções advindas de sentenças proferidas para cumprirem metas ou simplesmente desafogarem seus gabinetes; com a desenfreada insistência das partes litigantes em propor qualquer tipo de ação e das mais diversas e inusitadas possíveis para resolverem seus conflitos; com a insistente propositura de infundáveis recursos ou outros meios que protelam o julgamento final de uma ação; além de outros motivos, entende-se, pois, urgente e necessário o aparecimento de uma ferramenta capaz de auxiliar, de prestar eficácia e de melhor resolver as necessidades apresentadas em juízo.

Em entrevista realizada com a ministra Carmem Lucia, do Supremo Tribunal Federal (STF), essa relata ser “assustador” o número de processos ingressados no Judiciário Brasileiro. Veja:

A ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Cármem Lúcia classificou o número de processos em tramitação nos tribunais brasileiros como “assustador”. “Este é um modelo que a sociedade brasileira concebeu, cada vez mais há um clima de litigiosidade”, completou a magistrada durante sua participação no Fórum Nacional, [...]. Para comprovar sua crítica, Cármem Lúcia revelou números obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), coletados na sexta-feira, mas ainda não divulgados, de que há no país 95 milhões de processos. Ainda segundo a ministra do STF, há um juiz para cada 11 mil cidadãos - número superior ao da Alemanha, por exemplo, que tem dois mil juízes por cidadão. Na avaliação dela, o excesso de processos no Brasil trava o Judiciário. “Há uma crise por causa do excesso de novas reclamações, um aumento considerável de reclamações”, disse (SALES, 2015).

Ao relacionar a palavra mediação com a palavra futuro promissor, desenvolvimento do Poder Judiciário e desenvolvimento dos cidadãos no aceite do novo meio de solução de conflitos e plena efetividade de resultados, tanto individuais como também coletivos, se caminha em direção ao desenvolvimento de condições humanas, buscando a resolução de impasses e de questões judiciais tuteladas. À isso, se ousa chamar de mudança de mentalidade, de desenvolvimento de uma população, de visão de futuro, e corroborando ao exposto, o pensamento de Ávila (2012, p. 13), quando afirma que:

A finalidade maior do DL é de que, paulatina e processualmente, cada comunidade-localidade – por ele optante – conquiste e endogeneize capacidades, competências e habilidades de aproveitar potenciais próprios, de absorver produtivamente quaisquer investimentos, apoios e ajudas externos, bem como de criar efetivas condições para se tornar ao mesmo tempo sujeita e principal agente de seus rumos e dinâmicas de desenvolvimento. (ÁVILA, 2012, p.13)

A mediação precisa ser entendida como uma emancipação da sociedade, na busca da resolução dos seus conflitos interpessoais, como um desenvolvimento

propriamente dito. Vista assim, como o método eficiente e eficaz, a mediação se norteia como a tomada de decisão mais eficiente, que as partes precisam ter, com o fim maior de pacificar a discussão por si própria, contribuindo assim, para que os impactos sociais sejam positivos.

Nesse contexto, a mediação traz uma contribuição efetiva, relativa à mudança cultural dos sujeitos envolvidos, para que se torne protagonista consciente das suas dificuldades e procurem buscar a resolução de conflitos pelas próprias partes, sem que incomode o Poder Judiciário ou sem precisar do seu aval para tal medida, atitude essa que se apresenta diretamente no comportamento da comunidade em que esse está envolvida.

## 2. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O EMPODERAMENTO

Para melhor entendimento da palavra mediação, essa vem do latim, do verbo *mediare*, que quer dizer intervir ou colocar-se no meio. Apresenta sua definição como sendo um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo, se esse for o caso. (ROBLES -2009).

Na concepção de Vezulla (1988, p. 33), entende-se por mediação,

A técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

O artigo 1º, da Lei 13.140/2015<sup>12</sup> e seu parágrafo único, destaca-se, in verbis:

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

A mediação é uma técnica de solução de conflitos, autocompositiva, atuante nas relações interpessoais, utilizada como meio de pacificação social, com métodos próprios, capaz de gerar efetividade, por meio de uma terceira pessoa, que é o mediador, e das partes envolvidas, tudo em prol da solução do conflito.

Os infundáveis processos sociais distribuídos na justiça, a desatenção e a

---

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)

grande demora no atender da sociedade, geram o maior descrédito já vivenciado na atualidade, ao se falar em resolução de conflitos. Descrer do Poder Judiciário e das Leis existentes no País, permite crença e confiança na nova técnica surgida, a Mediação, utilizada para a solução dos conflitos, de ordem judicial e extrajudicial, conflitos estes, que atingem a sociedade e sua cultura, diretamente.

Para se ter ideia, no ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento (BRASIL, 2016).

A mediação possibilita a mobilização social junto aos órgãos de atuação direta na manutenção da paz social, pois ela por sua vez, resolve os conflitos entre os cidadãos, gerando uma nova identidade coletiva na manutenção e desenvolvimento do país.

O referido meio de solução de conflitos auxilia, ainda, na possibilidade de melhorar a postura e a atuação das partes litigantes, quando lhes assegura o empoderamento, que é uma ferramenta usada nas sessões de mediação, no momento em que os mediadores percebem que as partes não entenderam seus reais papéis e as incentiva para que sintam o quanto são responsáveis e o quanto são donas das suas próprias vontades.

Ao conceituar a palavra ‘empoderamento’, Vasconcelos (2003, p. 20) afirma que é o “aumento do poder e autonomia pessoal e coletiva de indivíduos e grupos sociais nas relações interpessoais e institucionais, principalmente daqueles submetidos a relações de opressão, dominação e discriminação social”.

Conforme preconiza o desenvolvimento local, seres sociais empoderados possuem a habilidade de observar as dificuldades pessoais e coletivas e encontram meios de superá-las, promovendo não só o fortalecimento dos vínculos interpessoais, como também formando uma consciência sobre a realidade vivenciada, buscando o bem-estar individual e coletivo.

O empoderamento eleva o ser humano, desenvolve o pensamento crítico sobre a vida em sociedade e conscientiza a real necessidade de mudança daquilo que lhe distancia das condições dignas e satisfatórias de vida, que são elementos cruciais ao Desenvolvimento Local e ao desenvolvimento da sua pessoa ou grupo de pessoas que, normalmente e costumeiramente, se apoiam na opinião de um juiz, para terem seu bem maior direcionado, sua vida, seu patrimônio, sua empresa, etc., aguardando a decisão judicial dizer o que deverão fazer. Com o empoderamento isso muda de figura e o ser humano percebe seu real poder de decisão.

### **3. UMA PERCEPÇÃO DA REALIDADE SOCIAL**

A escolha dessa temática na pesquisa que se pretende desenvolver se

relaciona à minha formação como mediadora judicial, pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, com curso de capacitação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Tive como experiência única, ser a primeira mediadora a realizar a pioneira sessão de mediação desta Capital, e, constatar o real interesse e a real necessidade das partes, naquele momento ímpar, em que seus pedidos conflituosos já estavam nas mãos de um juiz, imparcial e desconhecedor da melhor decisão para suas vidas e constatar que as partes já sofriam com a demora na decisão e com a ausência de uma conversa franca e direta com a outra parte, envolvida no conflito, na tentativa de resolverem da melhor maneira possível, os seus reais problemas pessoais.

Pude ainda, nas sessões seguintes de mediação que realizei, notar o quão importante é a percepção do indivíduo, de que ele é o detentor das suas próprias soluções. Percebi o quanto é gratificante às partes sentirem que o problema é seu e que é você mesmo que deve encontrar a maneira adequada e eficaz, de resolvê-lo. O quanto é gratificante vê-las empoderadas e entendendo seus reais papéis para decidirem as suas vidas futuras.

Sei da importância de insistir nas novas técnicas que surgem para a melhora do convívio social e de quanto é difícil embutir referida mudança nos cidadãos. E para a sociedade ser convencida e passar a utilizar-se da mediação, os caminhos serão insistir nas novas técnicas. Além ainda dos indivíduos se convencerem, de que sessões serão realizadas para as resoluções dos conflitos, pois a vida em sociedade pede, precisa, necessita de uma vivência social bem desenvolvida, ligada intimamente à mobilização de uma solução positiva para as suas dificuldades litigiosas.

Adequar um costume, uma maneira, um modo de vida, é trabalhoso e custoso, como comenta Gomma (vl. 02, 2003). Mudar a mentalidade de algo que pode ser intitulado como um Patrimônio Cultural demandará gerações e gerações, mas o início da mudança de mentalidade acontece quando o trabalho para esse fim acontece, mesmo que ainda pequeno. No entanto, mesmo pequeno, pode ser alastrado muito rapidamente, dependendo da poderosa ferramenta de mobilização social que for utilizada.

#### **4. DESENVOLVIMENTO E MUDANÇA DE MENTALIDADE**

É sabido que o desenvolvimento produtivo de um indivíduo, faz com que ele se adeque muito melhor no meio em que vive, causando o real desenvolvimento à sua espécie. O desenvolvimento de estratégias que tragam o empoderamento individual e coletivo dos sujeitos não é tarefa fácil, por exigir algumas ações por parte dos agentes de desenvolvimento local (DL), que se voltam ao incentivo, à tomada de decisões nas situações conflituosas apresentadas, ao encorajamento, à participação de atividades conjuntas e ao processo desenvolvimentista comunitário.

O processo da mediação como instrumento para compor a resolução dos conflitos sociais, como fator de integração da cultura bem como da identidade da coletividade, segundo a opinião de Petrônio (CALMON, 2007) é muito importante. Os

meios de informações direcionados para a coletividade, em busca da pacificação social, com medidas advindas das suas próprias vontades; dissemina as técnicas de mediação para o desenvolvimento da população, de maneira clara, direta e eficaz, para o real aprendizado das soluções de conflitos resolvidas individualmente e de forma coletiva; colabora de forma efetiva com o Estado/Juiz para a mitigação da morosidade, para que a efetividade das decisões jurídicas sejam alcançadas de forma satisfatórias para as partes envolvidas nos conflitos.

Analisando a história da mediação, referida ferramenta existe em diversos ordenamentos jurídicos e devidamente regulamentada, sendo conhecida como meio para que as partes resolvam suas relações continuadas, sem a interferência estatal e obtenha a plena satisfação coletiva, tendo em vista o conflito ser atendido imediatamente e para o futuro, o que se chama de relação continuada.

No Brasil, sem uma legislação específica sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), resolveu editar a Resolução 125 de 2010, para que houvesse um tratamento adequado aos conflitos existentes no âmbito do Poder Judiciário.

A insistente imposição para que os Tribunais de todos os Estados implantem a Mediação, é uma tendência para uma dinâmica social adequada, mobilizando a sociedade para uma manutenção territorial também adequada, quando da necessidade de solucionar conflitos interpessoais, pois os Tribunais conhecem a realidade das ações propostas nos dias de hoje, e, conhece ainda, a incapacidade numérica, dos julgadores darem conta de tanto trabalho, tendo a real certeza da impossibilidade de darem às partes, uma decisão e ou solução, em tempo razoável e da melhor maneira para ambos.

A necessidade da mediação, como técnica e instrumento de pacificação social e norteadora da manutenção e desenvolvimento territorial, confiando que o meio mais eficaz e capaz de resolver referida situação, caótica, que assombra a justiça brasileira é a mediação, com o desenvolvimento dos cidadãos acreditando e utilizando de referida técnica de solução de conflitos.

A atualidade jurídica e social remete às situações mais catastróficas, no que diz respeito ao descumprimento das obrigações Estado/Juiz em decisões levadas a juízo, uma vez que a demora, as amarras e as dificuldades são exageradamente protelatórias, e, insatisfatórias para a sociedade que se utiliza da justiça, porque se desencontram da busca pela pacificação social.

Existente e nítido é o estado de insatisfação que os cidadãos se apresentam atualmente, pois que sozinhos, veem-se reféns de decidirem suas próprias demandas sociais e o descontentamento com a máquina judiciária já aponta para a frustração nas decisões que precisariam ser tomadas. Assim, nasce a necessidade de uma figura capaz de saciar as demandas sociais e promover a pacificação social.

A apreensão de que o Estado/Juiz não mais consegue atender a comunicação necessária entre os direitos atingidos e sofridos, por meio de uma resolução, de uma decisão ou de uma sentença, é tão perceptível, que a falha de comunicação que deveria existir apenas entre as partes, é traçada e visivelmente percebida, na prestação judicial falida.

O que interessava para os cidadãos antigamente, que era a sentença judicial

ou decisão judicial, advinda de um juiz, para que fosse cumprida, está sendo substituída pela decisão entre as partes, por meio de um instrumento denominado mediação, que se apresenta eficiente, eficaz e certo quando bem conduzido pelo mediador e bem entendido pelas partes.

## 5. CAPACITAÇÃO DO MEDIADOR

A percepção de que a mediação é um meio informal, que atende a vontade das partes, tendo o terceiro mediador, papel fundamental de auxiliar das partes conflitantes e sua prática não é moderna, também vem à tona, quando se descobre ser milenar, pois fora utilizado pela primeira vez na China, onde se tinha a percepção de que utilizar um tribunal para resolver problemas, era contra a moral e os bons costumes, como enfatiza Robles (2009).

Sempre pensando que a mediação existe para atender necessidades e interesses dos indivíduos, os Estados Unidos partem para a sua utilização em 1970, pois percebem o enfraquecimento das decisões judiciais, para a vida social, para a lide prospectiva da população local. Seu intuito é a convivência duradoura entre os indivíduos, de maneira que eles próprios decidam e articulem suas demandas conflituosas. (ROBLES, 2009)

O instrumento de apoio que salvaguarda as relações conflituosas sociais, que é a mediação, nasce com toda força no mundo, e aponta no Brasil. Começa a aparecer em projetos consagrados, como marco para a respectiva tentativa de solução de conflitos, um exemplo é o Projeto de Lei nº 4.827/1998, que traz a ideia da Mediação com algumas disposições a respeito.

A trajetória da inclusão da legislação, deu-se pela Câmara dos Deputados até o ano de 2002, passando pelo Senado Federal, chegando como Projeto de Lei Complementar (PLC), recebendo o número 94/2002, e após discussão, passou a fazer parte da chamada “Reforma do Poder Judiciário”, com a Emenda Constitucional 45/2004.

De frente à morosidade e ao descontentamento do indivíduo com a justiça, e com poucas esperanças para a implantação da mediação, em 2009, o Supremo Tribunal Justiça (STJ), mostra-se preocupado e busca a solução urgente, para a não falência definitiva do poder de decisão do Estado/Juiz.

Foi inserido no Novo Código de Processo Civil (NCPC) e em vários artigos, a necessária mediação. Vem apresentada como a melhor ou senão única forma de se remediar o maior mal que acomete o momento, qual seja, a morosidade dos processos, até então causado pela desatenção do Judiciário para com a sociedade.

À legislação específica, sendo apresentada como Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, soma-se o novo CPC, Lei nº 13.105/2015, entrando em vigor antes mesmo desta, em janeiro de 2016.

Veja-se a essência da legislação, apresentando a poderosa ferramenta de mobilização social, que é a mediação judicial e extrajudicial: “Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a

autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]” (BRASIL, 2015)<sup>13</sup>.

Pensando que o problema estaria todo resolvido, surge agora, com a necessidade de se intensificar a mediação em todo o Território Nacional, a capacitação de profissionais capazes de atenderem às demandas do Judiciário. O que tem sido feito pelos Estados, é capacitar funcionários públicos e voluntários das áreas afins, para serem os mediadores que atuam e atuarão nas suas Comarcas, pois que a medida de implantar a Mediação antes das decisões judiciais surge para os Tribunais ainda despreparados, sem profissionais habilitados em número suficiente para atender a demanda existente.

A capacitação dos mediadores, formadores de opiniões, para a atuação imediata, tem sido realizada com o comprometimento dos Estados da Federação e seus órgãos do Poder Judiciário, que amparados pelas Escolas do Poder Judiciário, trabalham árduas 20 horas de curso, realizados em cinco dias da semana, de segunda a sexta feira, somando a formação continuada, que são mais 100 horas de estágio supervisionado, para só então iniciarem suas seções como mediadores.

Referido estágio é realizado nas dependências dos Núcleos Permanentes de Conflitos e nos Centros de Mediação, instalados em Universidades e Órgão do Poder Judiciário, como as Defensorias Públicas, Universidades de Ensino Superior e em outras instituições de alto índice de conflitos, como as Câmaras de Dirigentes Logistas e Federações de Comércio das grandes capitais, fiscalizados por mediadores que foram devidamente capacitados pelo CNJ, e, hoje atuam também como instrutores, formando novos operadores da área nos Estados.

Com o objetivo da mediação, ser sim, a tão sonhada ferramenta de mobilização social, capaz de auxiliar nos processos de manutenção territorial e desenvolvimento local do Estado de Mato Grosso do Sul, quiçá da Federação, Max Neef (1993, p. 30) apresenta:

Este trabajo propone, como perspectiva que permita abrir nuevas líneas de acción, un Desarrollo a Escala Humana. Tal desarrollo se concentra y sustenta en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto-dependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado.

De acordo com o autor, o desenvolvimento humano está diretamente relacionado à ampliação das habilidades e potencialidades do ser humano e que se torna um fator importante para promover a melhoria da sua realidade individual e social, propiciando assim uma mudança substancial em seu comportamento coletivo.

---

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Referido trabalho e até onde fomos com a pesquisa, analisou-se a importância da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos, pois não se buscou esgotar jamais o referido assunto.

Foi-se o tempo em que se transferia ao Estado/Juiz a responsabilidade por decisões que dizem respeito aos indivíduos. O momento é de conscientizar atitudes e tomadas de decisões, de acordo com a vontade das próprias pessoas, desejo e sabedoria para a resolução dos conflitos. É assim que agem na mediação, empoderados pela certeza do que é melhor para cada um. E assim as partes decidirão.

Os conflitos pertencem a quem os cria. E estes não devem tratá-los somente de maneira judicial. Devem buscar as alternativas e maneiras de resolvê-los para que no futuro, não surjam outros problemas sem que saibam como surgiram e porque surgiram, pois que todas as vezes que alguém se deparar com a necessidade de resolver seus próprios interesses e necessidades, já saberá que terá que fazê-lo por si só e utilizando-se da mais eficaz ferramenta de resolução existente, a mediação.

A ferramenta empoderamento é a mais usual e mais adequada para que entendam o quanto são donos das suas vontades e das suas verdades. Enxergam a possibilidade de tomada de decisões, por meio dela, e, se encorajam para a solução adequada, e, conseqüentemente, se educam para futuros problemas.

O costume é delegar ao Estado e pedir que a Lei seja prevalente e seja cumprida. No entanto, na legislação não está o maior meio de solução, pois, muitas vezes, a sentença acata o entendimento do julgador, mas não a vontade última e necessária das partes. Com isso, o descontentamento aparece, a descrença aumenta e revolta impera.

No cenário Brasileiro, a respeito das formas alternativas de conflitos existentes, em especial a mediação, por ser um país adepto do sistema Civil Law, é primordial a edição de Leis disciplinando a matéria, caso contrário ficariam apenas no imaginário dos profissionais simpatizantes desta prática a sua implementação. E bem se sabe que não basta a vigência da Lei para que ela seja de fato efetivada. É necessário um grande esforço daqueles que acreditam nessa ideia, para que sejam difundidos na sociedade os benefícios da mediação e se tenha a eficácia social e a mudança de comportamento.

Para que realmente essa modalidade de solução de conflito, seja aceita no consenso social, não basta imposição de Lei, mas sim inculcar na sociedade a solução pacífica do conflito, devendo inclusive ser matéria disseminada nas Universidades, nas comunidades, na sociedade de modo geral e assim ocorrendo, a mediação será o eficaz meio de solução de conflitos existente.

Precisa-se também, capacitar mediadores, para que esses tenham condições de executar da melhor maneira possível o trabalho proposto, para que a Mediação possa alcançar seu ideal como processo de solução pacífica de conflitos.

Muito já foi feito no País com relação à mediação, porém é só o início da caminhada e ao Poder Judiciário restará o compromisso e a responsabilidade de implementação, de suporte adequado, para efetivar a mediação, e torná-la acessível aos operadores do direito, com o comprometimento não só na tecnicidade do direito, mas também na humanização do conflito, enxergando além, e percebendo que esse também é instrumento de pacificação social.

A mediação, sendo um caminho sem volta, e salutar para todos os brasileiros, precisará além de Leis, precisará que se implemente a cultura da paz social e de práticas colaborativas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. (v. 2).

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. (v. 2).

BRASIL. [Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)  
Acesso em:12/02/2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura e o poder da identidade**. 2. Ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

DALABRIDA, Valdir Roque (org.). **Territorial Governança e desenvolvimento – descentralização político-administrativa, estruturas subnacionais de gestão do desenvolvimento e capacidades estatais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ELIZALDE, Antonio. Desarrollo a escala humana: conceptos y experiencias. **Interações** – revista internacional de desenvolvimento local. v. 1, n.1. p.51-62.

Campo Grande-MS, set./2000.

\_\_\_\_\_. La proposta de Desarrollo a Escala Humana. In. PNUMA, Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente. **Desarrollo humano y ética para la Sustentabilidad**. México/Santiago: PNUMA/Universidad Bolivariana, 2003.

SALES, Robson. Número de processo em tramitação é assustador, diz ministra do STF. **Valor Econômico**. 13/05/2015. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4048192/numero-de-processo-em-tramitacao-e-assustador-diz-ministra-do-stf>. Acesso em 07/03/2016.

FISHER, Roger; URY, William. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Imago, 2005.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência social: o poder das relações humanas**. São Paulo: Campus, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

LE BOURLEGAT, Cleonice Alexandre. **Desenvolvimento local na abordagem territorial do atual sistema mundo**. In: TREMBLAY, Gaetan; VIEIRA, Paulo Freire (orgs). **O papel da universidade no desenvolvimento local: experiências brasileiras e canadenses**. Florianópolis: APED, 2011.

MAX-NEEF, Manfred A. **Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones**. Barcelona: Editorial Nordan-Comunidade, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade (Os três caminhos)**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e arbitragem: alternativas a jurisdição**. Livraria do Advogado, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?N\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8921](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?N_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8921). Acesso em: 12/02/2016.

**ABSTRACT:** This work demonstrates the real importance of the implementation of mediation, as autocompositivo means of conflict resolution, based on the current minimum provision of Judge State for the decisions that comes to them, and the actual disbelief of citizens to the received decisions. The reason for this disbelief is excess distributed processes in the judiciary, and the smallest number of judges. In addition to the diverse and endless resources or other means, able to defer justice. Another reason is that decisions do not welcome the real intentions of the parties, and gives them different alternatives to their real intentions, reigning dissatisfaction, discontent, intrigue and distrust, arises the need for a means of solution capable of putting an end to process, to give each one what is of each, thereby ensuring the satisfaction and belief in the definitive answer to that conflict. Mediation is a tool able to imbue the mentality of conflict resolution themselves, aided by an impartial third party, the mediator who assures them the realization that the best way to resolve their litigations, conflicts, grievances, is the certainty of their desires, and not by a judicial enforcement. Mediation convince the parties that the resolution of this dispute or of this conflict, if well understood, and well resolved, will be able to teach them to the afterlife. What empowered they are able to correct past, present and future problems.

**KEYWORDS:** 1 State; 2 Conflicts; 3 Mediation; 4 Empowerment; 5 Development.

## **CAPÍTULO XVI**

### **NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?**

---

**Raquel Von Hohendorff  
Paulo Júnior Trindade dos Santos  
Wilson Engelmann  
Daniela Regina Pellin**

## NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?<sup>14</sup>

**Raquel Von Hohendorff**

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

**Paulo Júnior Trindade dos Santos**

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

**Wilson Engelmann**

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

**Daniela Regina Pellin**

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

**RESUMO:** A criação e disponibilização de cosméticos com base nanotecnológica vêm chamando a atenção para a segurança e confiabilidade da utilização de tais produtos. A preocupação, quanto aos possíveis riscos advindos da utilização de nanocosméticos, instala-se no uso de nanoestruturas com partículas que possuem diâmetro muito reduzido em relação às barreiras celulares dos seres humanos. Assim, objetiva-se apresentar a pesquisa intitulada Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, realizada com apoio da FAPERGS, entre 2013 e 2015. Utilizou-se o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica e legislativa. Como resultados podem ser mencionados a propagação das interfaces entre os Nanocosméticos e o Direito à Informação de forma consciente e educativa, transdisciplinarmente, permitindo assim que as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações em cosméticos chegassem ao público leigo, de modo a auxiliar na construção do direito à informação compreensível ao consumidor. Os materiais elaborados ao longo do projeto (cartilha e história em quadrinhos com informações sobre as possibilidades e riscos da aplicação das nanotecnologias, em cosméticos, dirigidas ao público consumidor leigo no assunto e um livro com conteúdo mais técnico) permitiram a inserção do Direito na seara de estudo das nanotecnologias, abrindo-o transdisciplinarmente para o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nanotecnologias; Cosméticos; Consumidor; Informação; Riscos.

---

<sup>14</sup>Texto originalmente apresentado no evento *Sociology of Law on the move*, 2016, bem como publicado nos anais do respectivo evento. Resultado do projeto de pesquisa Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, realizada com apoio da FAPERGS, entre 2013 e 2015.

## 1. INTRODUÇÃO

A nanotecnologia já vem sendo aplicada e amplamente difundida em inúmeros setores produtivos, e, hoje, os consumidores, muitas vezes desconhecendo a composição dos produtos e seus possíveis riscos, consomem desde alimentos até materiais para prática de esporte, incluindo aqui, os cosméticos.

Na economia global de hoje, as empresas cosméticas estão sob enorme pressão para manter a lucratividade. Elas buscam novas estratégias competitivas para seus produtos. Uma das estratégias tecnológicas inovadoras vem a ser a nanotecnologia, através do desenvolvimento e produção de nanocosméticos. Estes são formulações de aplicação cutânea que propõe uma melhor modulação e/ou controle de seus perfis de entrega, além de uma melhor proteção à substância ativa. Por se tratar de uma tecnologia inovadora recente e em expansão no Brasil, observa-se a necessidade de definir conceitos, vantagens e estudar possíveis riscos ao consumidor, assim como, de forma transdisciplinar, aproximar as áreas do conhecimento envolvidas, como o Direito e a Farmácia, buscando construir os elementos que consigam embasar o exercício do direito à informação de que o consumidor é titular.

Desta maneira, uma das perguntas que o projeto aqui apresentado, intitulado, Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, busca responder é sob quais condições se podem construir elementos científicos capazes de serem ensinados ao público consumidor leigo, buscando concretizar o direito à informação, constitucionalmente assegurado em relação às nanotecnologias e aos nanocosméticos?

A inter-relação entre as duas áreas – Direito e Farmácia – revelou as suas dificuldades, sinalizando, igualmente, para os desafios de se construir de modo transdisciplinar, o conhecimento em torno das nanotecnologias aplicadas aos cosméticos.

Os objetivos gerais do projeto foram pesquisar e propagar as interfaces entre os Nanocosméticos e o Direito à Informação de forma consciente e educativa, propondo, através de forma transdisciplinar, definir conceitos, vantagens e possíveis riscos em relação a produtos inovadores com bases nanotecnológicas e propor avanço na discussão em desenvolvimento de um Marco Regulatório para produtos com escala nanométrica, de forma que beneficie empresas e consumidores.

Ao final, foi produzido um livro, contendo os resultados do projeto de pesquisa, que poderá ser lido no link a seguir: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/63524573/wilson/final.pdf>.

Além deste livro, também se produziu uma História em Quadrinhos, mostrando, por meio de uma linguagem acessível ao leigo e de forma lúdica, as características das nanotecnologias aplicadas aos cosméticos, seus riscos e possibilidades regulatórias. A HQ poderá ser lida no link a seguir: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/63524573/wilson/hq%20nanotecnologia.pdf>

f.

Ainda, foi elaborado um folder, resumindo o significado da escala nanométrica e a sua aplicação no setor dos cosméticos.

Todo este material foi distribuído nas diversas apresentações do grupo, publicizando o grupo de pesquisa, a pesquisa sobre os nanocosméticos e a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

## **2. NANOTECNOLOGIAS, COSMÉTICOS E RISCOS ASSOCIADOS**

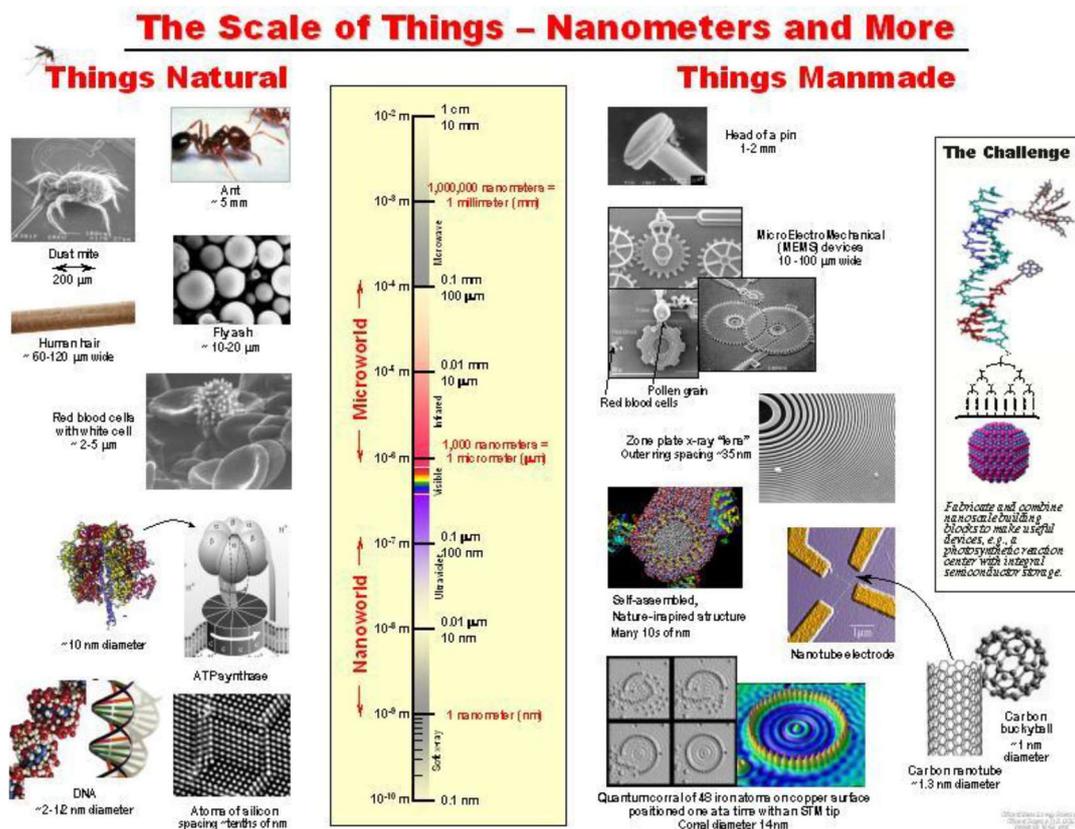
Segundo dados recentes, o Brasil vem se destacando no cenário internacional de cosméticos, com crescimento mais rápido do que o mundial. De acordo com a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC), o Brasil ocupa o primeiro lugar em consumo de perfumes e o segundo em produtos capilares (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS, 2011).

Assim, é preciso esclarecer sobre as ‘nanotecnologias’ – ou seja, uma escala que atualmente é empregada nas mais variadas áreas científicas para criação e adaptação de inúmeros produtos, inclusive cosméticos, sendo essa descoberta “nano”, umas das mais instigantes e desafiadoras dos últimos tempos. As nanotecnologias se encontram em diversas áreas, como o tratamento, com relação direta à nanomedicina, a nanobiotecnologia, os delivery systems, os variados métodos de produção, a caracterização e a quantificação – envolvendo os métodos de separação e a avaliação morfológica – além da parte da nanotoxicologia. Verificam-se tendências tecnológicas, as tecnologias emergentes e os desafios que esses avanços ainda trarão.

As nanotecnologias podem ser entendidas, tecnicamente, como uma coisa real numa escala invisível a olho nu (MARTINS, RAMOS, 2009, p.25).

Para se verificar melhor qual a dimensão que se está a tratar, apresenta-se abaixo um conjunto de escalas (Figura 1) na tentativa de permitir a visualização de métricas, até se chegar à escala do nanômetro:

Figura 1: Escala de medidas de objetos naturais e de nanomateriais



Fonte: (<http://cohesion.rice.edu/CentersAndInst/CNST/emplibary/Scale%20of%20Nanotechnology.jpg>)

Estas tecnologias correspondem à investigação e ao desenvolvimento tecnológico em nível atômico, molecular ou macromolecular utilizando uma escala de comprimento de cerca de um a cem nanômetros em qualquer dimensão; à criação e à utilização de estruturas, dispositivos e sistemas que possuem novas propriedades e funções por causa de seu tamanho reduzido; e, à capacidade de controlar ou manipular a matéria em escala atômica (EPA, 2007).

Signala-se que em cosméticos, normalmente as nanopartículas apresentam diâmetros compreendidos entre 100 e 600 nm. (FELLIPI, 2012). Na indústria de cosméticos, as nanopartículas estão presentes em xampus, condicionadores, cremes dentais, cremes anti-rugas, cremes anti-celulite, clareamento da pele, hidratantes, pós faciais, loções pós-barba, desodorantes, sabonetes, protetores solares, maquiagem em geral, perfumes e prego polishes. As nanoemulsões, por sua vez, constituem uma classe de emulsões com gotículas uniformes de pequeno tamanho na faixa entre 20 e 500 nm, que se tornam cada vez mais popular como veículos para a liberação controlada e dispersão otimizada de ingredientes ativos. As vantagens da utilização de nanocosméticos vêm de proteger ingredientes de degradação química ou enzimática; controlar a sua liberação, especialmente no caso de irritante em doses elevadas, e o prolongamento da permanência dos ativos cosméticos.

Em recentes estudos foi demonstrada a projeção de que até 2020, se verifica

a incorporação da nanotecnologia no cotidiano da indústria cosmética. Além de se projetar o uso da nanotecnologia na entrega específica de ativos a tecidos ou tipos celulares, mudando a forma como é realizado o desenvolvimento de cosméticos. A partir daí, em direção a 2030 e 2040, desenham-se os impactos da nanotecnologia na área capilar, permitindo o desenvolvimento de produtos inovadores, que mudarão o comportamento dos consumidores. Outro cenário que se vislumbra está em relação à medicina, como uma das principais áreas que serão impulsionadas pelo desenvolvimento da nanotecnologia, permitindo sua posterior aplicação na indústria dos cosméticos. Indo mais longe, em direção ao período em torno de 2050, projetam-se as tecnologias de nanoencapsulamento, que substituirão grande parte dos produtos baseados em tecnologia de emulsões (ABIHPEC, 2014-2015).

De acordo com uma avaliação realizada pelo Comitê Científico de Produtos ao Consumidor da Comissão Europeia, existe a preocupação quanto aos possíveis riscos advindos com a utilização de nanocosméticos, pois representam o uso de nanoestruturas com partículas que possuem ínfimo diâmetro em relação às barreiras celulares dos seres humanos (SCIENTIFIC COMMITTEE ON CONSUMER PRODUCTS – SCCP-Statement on zinc oxide used in sunscreens, SCCP/0932/05. 2005)

Para sumarizar o que foi desenvolvido até o momento, se pode apresentar: as aplicações da nanotecnologia e nanomateriais são encontradas em muitos produtos cosméticos, incluindo cremes hidratantes, produtos para o cabelo, maquiagem e protetor solar. Um relatório da ObservatoryNano (este relatório observa algumas das nanotecnologias utilizadas na indústria cosmética e fornece uma visão geral da atividade nesta área) descreve dois usos principais para a nanotecnologia em cosméticos: 1) a utilização de nanopartículas como filtros UV. O dióxido de titânio e óxido de zinco são os principais compostos utilizados nestas aplicações. Alternativas biológicas a essas também foram desenvolvidas; 2) a nanotecnologia para um sistema de entrega: os lipossomas e niossomas são utilizados na indústria cosmética como veículos de entrega. Estruturas mais recentes, como nanopartículas lipídicas sólidas e transportadores lipídicos nanoestruturados foram desenvolvidos para ter melhor desempenho do que os lipossomas. Em particular, veículos lipídicos nanoestruturados têm sido identificados como potenciais agentes de entrega dos cosméticos, sendo assim uma próxima geração que pode proporcionar o reforço de hidratação da pele, biodisponibilidade, estabilidade do agente e oclusão controlada. Têm sido propostas técnicas de encapsulamento para o transporte de ativos cosméticos. Nanocristais e nanoemulsões também estão sendo investigados para aplicações cosméticas. Patentes foram registradas para a aplicação dos dendrímeros na indústria de cosméticos (NANOTECHNOLOGY IN COSMETICS, 2015).

A utilização da tecnologia nano pode ser encontrada em inúmeros produtos como xampus, cremes para a pele, artigos de vestuário, alimentos, embalagens, produtos tecnológicos, entre muitos outros. Cumpre observar que as nanotecnologias vêm sendo aplicadas nas mais variadas áreas e tecnologias. Especialmente na área farmacêutica (que integra o escopo do referido projeto de pesquisa, que aproxima os Cursos de Direito e de Farmácia da Unisinos), os produtos de base nanotecnológica têm sido comercializados principalmente em cosméticos,

tendo os nanocosméticos como foco, os produtos designados à aplicação na pele do rosto e corpo, como os protetores solares e produtos com efeito retardante do envelhecimento.

Os nanocosméticos, tratam-se, então, de novos produtos, que em grande maioria, são utilizados continuamente por seus consumidores, o que de certa forma pode vir a potencializar o risco. Ressalta-se que os nanomateriais, utilizados para criação de produtos nanotecnológicos, apresentam características exclusivas, ou seja, novas, quando comparadas aos seus similares em escala maior (ou macro). Assim, motivos adicionais devem ser considerados, como a apresentação de grande aumento de sua reatividade química e a grande diversidade estrutural-funcional. Deste modo, os estudos e testes tradicionais para a verificação de toxicidade não estão completamente adaptados para nanomateriais, em virtude do rápido avanço experimentado pela área e da carência de trabalhos sistemáticos e integrados (ABDI, 2011, p.18-19). Um exemplo real quanto a possível nocividade de produtos cosméticos que possuem a tecnologia 'nano' foi uma recomendação veiculada pela Agência Francesa de Segurança Sanitária de produtos de Saúde (Afssaps) no sentido de alertar os consumidores, relativamente à utilização de produtos cosméticos, em especial os protetores solares à base de dióxido de titânio sob a forma de nanopartícula, em uma pele danificada pelo sol ou sobre o rosto. Sinala-se que a agência francesa não questiona o emprego do referido produto em peles saudáveis, ou seja, "parece (estar) limitada às camadas superiores da pele sadia". (NANOTECNOLOGIA EM COSMÉTICOS 2010). Por solicitação da Direção Geral de Saúde (DGS), da França, a agência sanitária realizou estudo científico quanto à penetração cutânea do nanocosmético e pode concluir que a permeação cutânea dessa nanopartícula limitava-se às camadas superiores da pele sadia. Entretanto, em contrapartida, a agência "nada pode afirmar ou confirmar quanto à ausência de penetração cutânea sobre uma pele danificada" (NANOTECNOLOGIA EM COSMÉTICOS 2010). Como se pode perceber, os riscos são potenciais, quando da aplicação de nanotecnologias, em escala não indicada, especialmente aos nanocosméticos, podendo se concluir pela existência de riscos quando da criação de nanocosméticos.

O conhecimento das características das substâncias em tamanho maior não fornece informações compreensíveis sobre suas propriedades no nível nano, uma vez que as mesmas propriedades que alteram as características físicas e químicas das nanopartículas podem também provocar consequências não pretendidas e desconhecidas quando em contato com o organismo humano. A ausência de estudos sobre a interação da aplicação das nanotecnologias com o meio ambiente (ar, água e solo) expõe a possibilidade de ocorrência de riscos ambientais e também riscos em relação aos seres humanos.

Mais de duas décadas atrás, estudos toxicológicos indicaram que seria prudente examinar e abordar as preocupações ambientais e de saúde humana antes da adoção generalizada da nanotecnologia. Com a exceção de algumas aplicações médicas da nanotecnologia, os governos, as empresas e até mesmo as universidades ignoraram este conselho. Como resultado, os governos permitiram

que centenas, talvez mais de mil, produtos de consumo com materiais nanoengenheirados incorporados, fossem comercializados sem qualquer avaliação de segurança pré-mercado (SUPAN, 2013).

A maioria dos testes com nanopartículas tem sido desenvolvida em laboratório, e um problema especialmente grave é que investigações voltadas unicamente a substâncias tóxicas isoladas jamais podem dar conta das concentrações tóxicas no ser humano. Aquilo que pode parecer “inofensivo” num produto isolado talvez seja consideravelmente grave no consumidor final. As publicações científicas quanto aos riscos estão restritas aos componentes dos produtos, e não aos produtos acabados, que serão apresentados para o consumo, o que gera um sinal de alerta, pois é neste momento, quando o produto é consumido, que passa a sofrer novos e diferentes processos de interação (ENGELMANN, 2011, p.344).

Em função dos possíveis riscos associados aos nanocosméticos se faz necessária e urgente a aplicação prática do princípio da informação, dando ao consumidor a opção de escolha entre o consumo de um produto nano mas com riscos ou um outro produto. Mas para isso é preciso o acesso à informação, de qualidade, que amplie o conhecimento e permita uma escolha fundamentada.

Neste sentido, um dos objetivos do projeto aqui apresentado, foi o de agir de modo transdisciplinar, em uma união do Direito com a Farmácia, criando materiais a serem distribuídos nas apresentações do grupo de pesquisa JUSNANO junto a escolas de ensino médio, para transmitir ao público consumidor maiores informações sobre estes novos materiais, bem como dar subsídios para que possam implementar seu direito à informação.

### **3. O PROJETO TRANSDISCIPLINAR E O DIREITO À INFORMAÇÃO- RESULTADOS DO PROJETO**

Faz-se necessário o rompimento da arrogância da certeza disciplinar, que não deixa espaço para um entendimento que transcenda o aparente.  
Ubiratã D'Ambrosio

O tema transdisciplinaridade atrai a atenção e instiga a investigação. O que é, afinal, essa expressão tão utilizada e propagada na atualidade? De que se trata tudo isso? Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma diferente forma de entender os acontecimentos da vida humana. É um modo de compreensão de processos, uma nova atitude frente ao saber, necessária ao mundo complexo atual.

O prefixo transsignifica que a transdisciplinaridade está entre, através e além de qualquer disciplina. A lógica clássica criou a disciplinaridade, a divisão dos saberes em inúmeros compartimentos, todos isolados, sem relação entre si. Foram formados, deste modo, inúmeros especialistas em quase nada, que tampouco quase nada criam para solucionar os reais problemas da humanidade. Assim, não é mais viável que se siga fazendo ciência desta forma, inclusive em

função das atuais necessidades mundiais.

Basarab Nicolescu esclarece que o termo transdisciplinaridade surgiu na década de 1960, simultaneamente, em trabalhos de diferentes pesquisadores (Piaget, Morin, Jantsch), demonstrando a ideia de transgredir fronteiras disciplinares e buscando ultrapassar a pluri e a interdisciplinaridade (NICOLESCU, 1999, p.11).

A ideia de transdisciplinaridade transcende a ideia de disciplinas e vai além, referindo-se ainda ao que se encontra entre as disciplinas e através delas. Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma nova forma de ver e entender a natureza, a vida e a humanidade. É um modo de conhecimento, é uma compreensão de processos, é uma ampliação da visão do mundo e uma aventura do espírito. Transdisciplinaridade é uma nova atitude, uma maneira de ser diante do saber (NICOLESCU, 1999, p.151). Para Zemelman, 1995, transdisciplinaridade é a reunião das contribuições de todas as áreas do conhecimento em um processo de elaboração do saber voltado para a compreensão da realidade, a descoberta de potencialidades e as alternativas de se atuar sobre ela, tendo em vista transformá-la. Um dos objetivos da transdisciplinaridade é a compreensão do mundo atual e complexo, ultrapassando os conceitos fechados de disciplinas e desvelando a multiplicidade dos modos de conhecimento. O paradigma da modernidade é insuficiente, em função da excessiva compartimentalização dos conhecimentos.

Assim, resta claro que, para que o Direito brasileiro não permaneça alheio e à margem da grande revolução tecnológica que está em andamento, sendo capaz de, ao menos, propor alternativas para decisões em relação às situações que já vem ocorrendo, é necessário que se utilize da transdisciplinaridade. O estudo de diferentes temas da revolução tecnocientífica que implicam em necessárias mudanças de paradigmas e da tradicional visão do Direito de agir apenas após o fato se torna condição sine qua non para que a ciência do Direito permaneça em evolução e adequada às necessidades da sociedade.

Para tanto, a proposta do projeto de pesquisa foi a de uma ação transdisciplinar, envolvendo principalmente a área do Direito e da Farmácia, mas também as diferentes disciplinas trabalhadas no ensino médio, de modo a expor, de forma atrativa, aos alunos, as nanotecnologias e os nanocosméticos, bem como seus riscos, e, não apenas do que se trata o direito à informação, mas sim como ele pode e deve ser exercido. Para tanto foram utilizados o folder, a história em quadrinhos, vídeos e o livro. Cabe mencionar aqui que a intenção foi utilizar materiais como a HQ e o folder de modo a tornar o assunto mais palpável e em uma apresentação mais adequada ao público alvo.

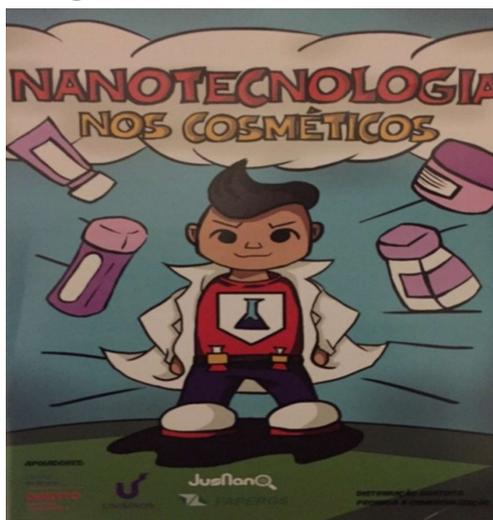
Em 2015 foram efetuadas visitas a 3 escolas, atingindo cerca de 150 alunos, em São Leopoldo e Novo Hamburgo, cidades da região metropolitana de Porto Alegre. E em 2016, foram visitadas duas escolas em Guaíba, também na região metropolitana de Porto Alegre, atingindo aproximadamente 70 alunos. Em todas as escolas a apresentação do Grupo de Pesquisa JUSNANO conteve o uso de vídeos explicativos sobre nanomateriais e nanocosméticos e a divulgação do folder (figura 2), das histórias em quadrinhos (figura 3) e do livro (figura 4).

Figura 2: Imagem do folder elaborado para uso nas apresentações do grupo



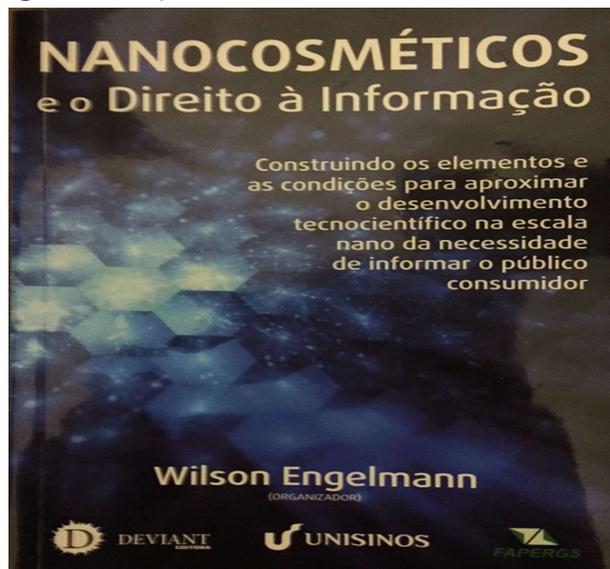
Fonte: autores.

Figura 3: HQ sobre Nanocosméticos



Fonte: autores.

Figura 4: livro publicado sobre o tema Nanocosméticos



Fonte: autores.

Ao longo de todas as atividades pode-se destacar o seguinte aspecto marcante: a interação com os alunos, que demonstraram muito interesse sobre o tema, participando ativamente das apresentações e da discussão, porém

demonstrando desconhecer os riscos que podem advir da revolução nanotecnológica. Essa situação vem a corroborar o fato de que a nanotecnologia já está no mercado, sendo conhecida do público em geral, porém sem maiores preocupações acerca dos riscos e possíveis danos que podem surgir.

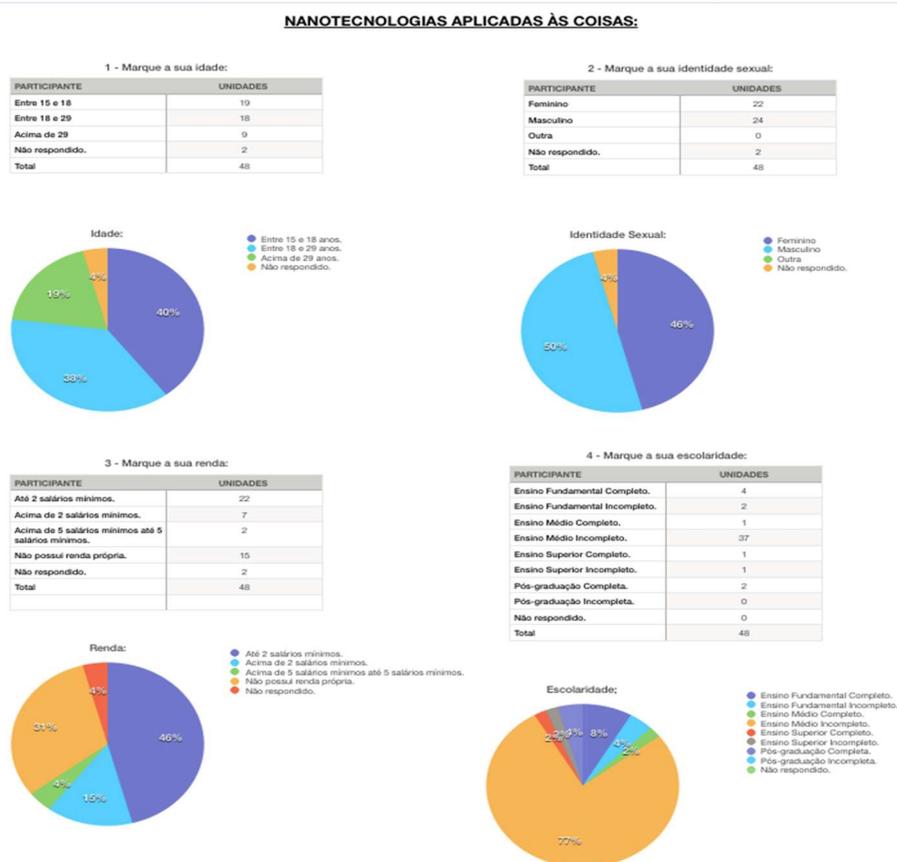
A aceitação dos materiais foi muito boa, especialmente a história em quadrinhos, que demonstrou ter cumprido totalmente com o seu papel, que era o de levar a informação, de uma maneira adequada e com linguagem voltada ao público alvo específico, de modo de fácil aceitação e compreensão.

Em uma das visitas de 2016, foi aplicado um questionário breve, semiestruturado, com algumas questões acerca do tema, que atingiu 48 alunos.

A seguir apresentam-se os dados coletados, apenas tabulados em gráficos e aplicada a porcentagem aos resultados, sem maiores avaliações ainda, em função da data de coleta.

Quanto ao questionário, na figura 5 seguem uma parte dos dados coletados, referentes à idade, identidade sexual, renda e escolaridade.

Figura 5: Dados coletados referentes à idade, identidade sexual, renda e escolaridade



Fonte: GRUPO JUSNANO

Em relação a estes dados, considerando-se que este trabalho não objetiva a sua análise, pode-se dizer que se tratam de alunos na maioria com idade entre 15 e 18 anos, a metade deles identifica-se como sendo do sexo masculino, a maior parte tem renda até dois salários mínimos e ensino médio incompleto.

Na figura 6, são apresentados os resultados aos questionamentos 5, 6, 7 e 8, que versavam respectivamente, sobre a avaliação da apresentação, o grau de importância do assunto, a percepção sobre a segurança, e o que pretende fazer com as informações recebidas.

Figura 6: Dados coletados acerca da apresentação, o grau de importância do assunto, a percepção sobre a segurança, e o que pretende fazer com as informações recebidas.



Fonte: GRUPO JUSNANO

Quanto ao questionamento sobre a avaliação da apresentação, a maioria, 56% dos entrevistados considerou a apresentação esclarecedora, 25% muito esclarecedora, 15% disseram que não se interessavam pelo assunto e 4% acreditaram ser pouco esclarecedora. Percebe-se que a maioria dos entrevistados teve uma boa impressão sobre a apresentação.

Ao serem questionados acerca do grau de importância que dão ao assunto, 54% consideraram muito importante, 25% mais ou menos, 15% nenhum grau de importância e 6% consideraram pouco importante. Aqui também observa-se que a

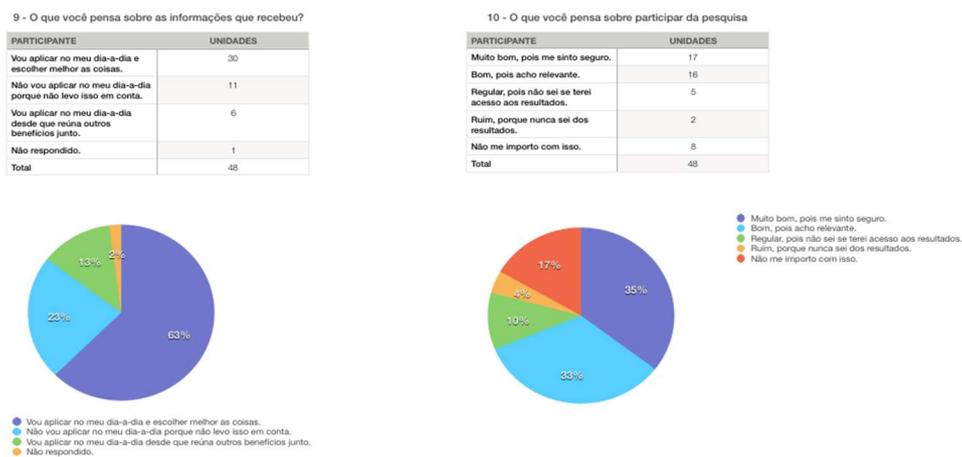
apresentação atingiu algum de seus objetivos, qual seja, fomentou o interesse pelo assunto.

Quanto à questão que versava sobre a percepção do risco, 54% considerou inseguro, 17% não responderam ou marcaram mais de uma alternativa, 13% consideraram que vale a pena correr os riscos pelos benefícios que as nanotecnologias representam, 10% consideraram seguro e 6% informaram que não se importam com isso. Interessante observar estes resultados, eis que a maioria demonstrou considerar inseguro, mas 13% preferem correr os riscos em função dos benefícios... claro que se trata de uma amostra muito pequena, mas a partir dela pode-se pensar que uma vez conhecendo os riscos, ou seja, detendo a informação, cabe a cada um, como consumidor fazer suas opções de consumo, assumindo os riscos.

A questão 8 versava sobre o que os alunos pretendiam fazer com as informações recebidas, e, de modo salutar, 65% deles mencionaram que iriam falar com familiares e amigos, eis que consideraram o assunto importante. 17% mencionaram que não iriam falar com ninguém sobre o tema, por não se interessarem e 15% disseram que não iriam falar com ninguém pois as pessoas não iriam entender. Ainda, 4% não responderam. Aqui fica claro que é necessário desenvolver trabalhos deste tipo, levando a informação, de modo mais adequado à realidade, como por exemplo, fazendo o uso de histórias em quadrinhos, para que o objetivo possa ser atingido, ou seja, a informação possa ser compreendida e divulgada.

Ainda, na figura 7, apresentam-se as repostas aos questionamentos 9 e 10, o que você pensa sobre as informações que recebeu e o que você pensa sobre ter participado da pesquisa.

Figura 7: Dados coletados acerca das informações recebidas e sobre ter participado da pesquisa.



Fonte: GRUPO JUSNANO

Sobre o questionamento acerca das informações recebidas, 63% informou que vai aplica-las no dia a dia, utilizando melhor seu poder de decisão como consumidor, mas ainda 23% informou que não vai aplicar pois não leva isso em

conta, e 13% mencionou que vai aplicar no dia a dia, mas desde que reúna outros benefícios e 2% optaram por não responder. Mais uma vez verifica-se que o objetivo de informar e ensinar aos consumidores que eles devem exercer seu direito à informação, utilizando-o na tomada de decisões sobre consumo, foi atingido.

O último questionamento tratava da participação na pesquisa, e 35% respondeu que achou muito bom, eis que se sentiam mais seguros e 33% informaram que acharam bom, pois consideraram relevante. Assim tem-se um total de 68% que consideraram muito bom ou bom, a grande maioria. Ainda, 10% informaram considerar regular, pois não sabiam se teriam acesso aos resultados, 17% indicaram que consideravam ruim pois nunca recebiam os resultados e 4% demonstraram não se importar com isso. Observando estes resultados tem-se que a intenção de retorno às escolas já visitadas, para uma continuidade do trabalho, incluindo a apresentação dos resultados da pesquisa torna-se mais do que necessária, como uma retribuição e também com a ideia de seguimento do fornecimento de informações e objetivando também a formação e conscientização dos atuais e futuros consumidores, para com sua saúde e a do meio ambiente.

Verifica-se que a ideia de elaboração de cartilha e de história em quadrinhos contendo informações sobre as possibilidades e riscos das nanotecnologias e suas potencialidades aplicadas aos cosméticos, dirigida ao público consumidor leigo no assunto, demonstrou ter plena aceitação nos grupos onde foi aplicada, fazendo com que o grupo de pesquisa JUSNANO entendesse que seus objetivos com o projeto denominado Nanocosméticos e o Direito à Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor foram plenamente alcançados.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Há uma boa razão para investidores, assim como os consumidores, para se preocuparem com produtos químicos potencialmente nocivos em cosméticos. A indústria de cosméticos e cuidados pessoais é particularmente vulnerável à reação dos consumidores com questões de saúde que surgem relacionadas com a utilização dos seus produtos. Discutir se os medos (ou as dúvidas e incertezas) estão bem fundamentados ou não, e persuadir os clientes a voltar é muito mais difícil e mais caro, do que a manutenção da confiança e lealdade do cliente em primeiro lugar. Aqui alguns pontos que a indústria nanocosmética deverá atentar.

As ameaças à saúde podem incluir, por exemplo, câncer, danos ao desenvolvimento de fetos e bebês expostos aos produtos químicos através de produtos do bebê ou os cosméticos utilizados pela mãe, e interrupções de vários órgãos ou sistemas hormonais no organismo.

Percebe-se que a ideia de inserir o Direito, como um dos integrantes da área das Ciências Humanas, na seara de estudo das nanotecnologias, abrindo-o transdisciplinarmente para o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica, especialmente a

área da Farmácia foi cumprida ao longo da execução do projeto.

A transdisciplinaridade objetiva ir além da compartimentalização do saber em disciplinas, ocupando novos espaços, entre as disciplinas e através delas, por meio da integração de conhecimentos. Trata-se de uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, bem como possibilita o desvelar de melhores maneiras de promover transformações mais eficazes e pertinentes. O ensino decorrente do processo transdisciplinar também deve ser mais eficiente e eficaz, possibilitando uma formação integral do ser humano.

Apenas com o desenvolvimento da capacidade de observar o conjunto como um todo, onde diferentes saberes devem ser aplicados ao problema, e não compartimentalizado em inúmeras disciplinas super específicas, é que se pode pensar na possibilidade de gerar mudanças reais na formação dos alunos consumidores, tornando-os mais capazes de lidar com as necessidades da sociedade complexa atual revolucionada pela tecnociência.

Desta forma, pode-se mencionar que o objetivo de criar condições para que as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações aos cosméticos, favorecendo a construção do direito à informação compreensível ao público consumidor leigo foi plenamente atingido

O cenário global, onde está inserida a pesquisa e a produção dos nanocosméticos, é o momento da emergência da participação de um diversificado conjunto de autores, dos quais os consumidores tem um papel essencial, especialmente no que tange ao direito à informação, para que possam fazer opções fundamentadas, objetivando resguardar sua saúde e a do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – ABID.

**Nanotecnologias: subsídios para a problemática dos riscos e regulação.** 2011, p. 18-19. Disponível em:

<<http://www.abdi.com.br/Paginas/estudo.aspx?f=Nanotecnologia>< Acesso em: 20 maio 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS III **caderno de tendências 2014-2015 Higiene perfumaria e cosméticos.** ABDI SEBRAE e ABIHPEC. 2014-2015. Disponível em :

<https://www.abihpec.org.br/2013/10/caderno-de-tendencias-2014-2015>. Acesso em 10 maio 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS, **Panorama do Setor. 2011.** Disponível em:

<http://www.abihpec.org.br/novo/wp-content/uploads/2012/04/Panorama-do-setor-2011-2012-04-FEV-2013.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da teoria do fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático” In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 8, 2011.

ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY - US EPA. **Nanotechnology white paper.** Prepared for the US EPA by members of the Nanotechnology Workgroup, a group of EPA's Science Policy Council. Washington, 2007. Disponível em: <<http://www.epa.gov/OSA/pdfs/nanotech/epa-nanotechnologywhitepaper-0207.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

ESCALA de medidas de objetos naturais e de nanomateriais (<http://cohesion.rice.edu/CentersAndInst/CNST/emplibrary/Scale%20of%20Nanotechnology.jpg>). Acesso em 10 maio 2017.

FELLIPI, Candice. **Esmalte e nanotecnologia: produtos cosméticos inovadores.** [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://entendendocosmetologia.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 01 maio 2017.

KUGLER, Henrique. **Nanotecnologia em debate. Ciência Hoje**, jun.2012. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/blogues/bussola/2012/06/nanotecnologia-em-debate>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MARTINS, Paulo Roberto; RAMOS, Soraia de Fátima. **Impactos das nanotecnologias na cadeia de produção da soja brasileira.** São Paulo: Xamã VM, 2009.

NANOTECHNOLOGY IN COSMETICS. Disponível em: <<http://www.nanowerk.com/nanotechnology-in-cosmetics.php>> Acesso em 22 maio 2017.

NANOTECHNOLOGIA em cosméticos. Newsletter, Brasília, DF, ed. 33, nov. 2010. Disponível em: <[http://www.abdi.com.br/PublishingImages/Nano%20em%20Foco/NanoEmFoco%20-%20Junho2011/novanano\\_junho\\_113.html](http://www.abdi.com.br/PublishingImages/Nano%20em%20Foco/NanoEmFoco%20-%20Junho2011/novanano_junho_113.html)>. Acesso em: 20 maio 2017.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade.** São Paulo: TRIOM, 1999.

SCIENTIFIC COMMITTEE ON CONSUMER PRODUCTS - SCCP. **Statement on zinc oxide**

used in sunscreens, SCCP/0932/05. Europa, 2005. Disponível em:  
<[http://ec.europa.eu/health/ph\\_risk/committees/04\\_sccp/docs/sccp\\_o\\_00m.pdf](http://ec.europa.eu/health/ph_risk/committees/04_sccp/docs/sccp_o_00m.pdf)> Acesso em: 22 maio 2017.

SUPAN, Steve. Nanomaterials in soil. Our Future foodchain? Institute for Agricultural and Trade Policy: ATP, 2013. Disponível em:  
<[http://www.iatp.org/files/2013\\_04\\_23\\_Nanotech\\_SS.pdf](http://www.iatp.org/files/2013_04_23_Nanotech_SS.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2017.

ZEMELMANN, H. **Determinismos y alternativas em las Ciencias Sociales de América Latina**. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Sociedad. México, 1995.

**ABSTRACT:** The creation and availability of cosmetics based on nanotechnology has been drawing attention to the safety and reliability of the use of such products. Concern about the possible risks arising from the use of nanocosmetics is based on the use of nanostructures with particles that have a very small diameter in relation to the cellular barriers of humans. Thus, the objective is to present the research titled Nanocosmetics and the Right to Information: constructing the elements and the conditions to approximate the techno-scientific development at the nano scale of the need to inform the consumer public, carried out with the support of FAPERGS, between 2013 and 2015. The method of phenomenological-hermeneutic approach was used as methods of historical and comparative procedures, as well as bibliographical and legislative research. As a result, the propagation of interfaces between Nanocosmetics and the Right to Information can be mentioned in a conscious and educational way, transdisciplinarily, thus allowing positive and negative information about nanotechnologies and their applications in cosmetics to reach the layman public, in order to The right to information that is understandable to the consumer. The materials elaborated throughout the project (the booklets and comics with information on the possibilities and risks of the application of nanotechnologies, in cosmetics, addressed to the consumer public lay in the subject and a book with more technical content) allowed the insertion of law in the field of nanotechnology study, opening it transdisciplinarily to the debate with other areas of knowledge concerned with the Scientific Revolution at nanometer scale.

**KEYWORDS:** Nanotechnologies; Cosmetics; Consumer; Information; Risks.

## **CAPÍTULO XVII**

### **O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E GRATUIDADE JUDICIÁRIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

---

**Francisco Romero Junior  
Heitor Romero Marques**

## O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E GRATUIDADE JUDICIÁRIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### Francisco Romero Junior

Advogado, Bacharel em Direito, Universidade Católica Dom Bosco (2015), [frj.romero@gmail.com](mailto:frj.romero@gmail.com).

Campo Grande – Mato Grosso do Sul

### Heitor Romero Marques

Mestrado em Educação Formação de Professores pela Universidade Católica Dom Bosco (1996) e Doutorado em Desarrollo Local Y Planteamiento Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004), [heitorma@ucdb.br](mailto:heitorma@ucdb.br).

Campo Grande – Mato Grosso do Sul

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como tema “O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária sob a ótica no Novo Código de Processo Civil” onde neste trabalho buscou-se conceituar o que é a jurisdição e o acesso à justiça, demonstrando a evolução histórica destes temas, e ainda demonstrando-se a importância e relevância desses institutos pois são garantias constitucionais para os cidadãos. Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, foi assegurado o direito aos hipossuficientes ao acesso à justiça, pois confere em seu texto a gratuidade judiciária. O tipo de pesquisa para o artigo foi método analítico e descritivo em conjunto com dados bibliográficos. Conclui-se que este artigo científico é um instrumento de informação pois contribui para intensificar a luta por justiça e gratuidade aos mais necessitados e assim propagar o direito fundamental de acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** jurisdição; acesso à justiça, gratuidade judiciária, novo código de processo civil.

## 1. INTRODUÇÃO

A jurisdição e o acesso à justiça nasceram de uma evolução histórica, onde no primeiro momento as partes tinham a própria autotutela, com passar do tempo e com a chegada de novas teorias, o Estado começou a regular os litígios aplicando o direito, assim obtendo o monopólio da jurisdição.

Então com o monopólio do Estado sobre a jurisdição, ele se torna o grande responsável pelo acesso à justiça dos cidadãos.

Diante da obrigação Estatal de colocar em disposição a tutela jurisdicional se deu o início de várias formas de acesso à justiça, dentre elas a garantia constitucional.

A garantia constitucional é fruto de uma grande luta durante a história, sendo garantida pela atual Constituição Federal de 1988 e também o acesso à justiça é expresso pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e agora temos uma inovação a garantia de gratuidade para acesso à justiça pela Lei n. 13.105/2015 no

Novo Código de Processo Civil.

Com a vigência do novo texto legal, será assegurado o direito fundamental de acesso à justiça, principalmente as pessoas hipossuficientes, sendo assim garantida a gratuidade judiciária pelos Art. 98 a 102 do Novo Código Processual, tal previsão legal será uma forma de garantir a justiça a todos cidadão que dela necessitarem.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Surgimento da Jurisdição e do Acesso à Justiça

Assim como os demais institutos jurídicos a jurisdição e a garantia constitucional do acesso à justiça nasceram de uma evolução história, e para que possamos compreendê-los é necessário abordamos um pouco a respeito desses acontecimentos.

Ao longo do tempo o poder de exercer seu direito não era exercido pelo Estado, mas pelas próprias partes litigantes, pela autotutela, isso pelo fato de não ter um conceito de poder estatal.

Explicando esse contexto histórico o professor Luiz Rodrigues Wambier diz que “aqueles que vissem envolvidos em qualquer tipo de conflito de interesses, deveriam resolvê-lo entre si e de modo de que fosse possível, prevalecendo, na maioria das vezes, a força física em detrimento da razão jurídica”<sup>15</sup>.

Passado o tempo de forma facultativa e depois de forma obrigatória, os conflitos passaram a ser submetidos a arbitragem, onde uma terceira pessoa, totalmente imparcial, era nomeada arbitro para solucionar tais litígios entres as partes.

Com a evolução histórica e após a teoria da repartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a qual foi consagrada pelo livro “Espírito das Leis” de Montesquieu, no Século XVII, o Estado “consagrou-se detentor do poder de aplicar o direito”<sup>16</sup>. Assim o Estado é quem começou a regular as relações entre os cidadãos e obteve o monopólio da jurisdição.

Ao ensinar sobre o tema Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal em seu livro aborda o assunto dizendo:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente

---

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 37.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 95.

concebido, ao caso concreto.<sup>17</sup>

Neste contexto, conjuntamente com o monopólio do Estado sobre a jurisdição, ele se torna responsável exclusivamente por proporcionar o acesso à justiça, portanto impedido de dizer quais eram os direitos de seus subordinados, devendo promover o acesso a jurisdição a quem necessitar.

Claramente ensina Luiz Rodrigues Wambier:

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direito subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão.<sup>18</sup>

Diante desta obrigação do Estado de colocar em disposição a tutela jurisdicional, se deu início a implantação de diversas formas de assegurar o acesso à justiça, dentre eles, a garantia constitucional.

A garantia constitucional do acesso à justiça “é fruto de uma evolução histórica e de uma necessidade social, que em razão da sua importância, foi elencada dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal”<sup>19</sup> e atualmente também podemos encontrá-lo nos Art. 98 a 102 da Lei n. 13.105, de 16 março de 2015, que dispõe sobre o gratuito judiciário uma forma de acesso a jurisdição a pessoas sem condições financeiras para demandarem.

## 2.2. Garantia Constitucional de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária

Acesso à justiça é mais do que acesso a jurisdição. São as palavras de Alexandre Fernandes Dantas que assim ensina:

É preciso pensar além do processo. Deve haver atuação do Estado também fora do processo, evitando que causas judiciais se formem. É preciso reparar a nova realidade social e o papel que desempenha a Constituição nos ordenamentos contemporâneos. Bem como o papel central do homem dentro da Constituição. Nossa Carta de 1988 dispõe “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 41.

<sup>18</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.* p. 125.

<sup>19</sup> HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional**. 2014. Disponível em: <http://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 28/02/2016.

<sup>20</sup> DANTAS, Alexandre Fernandes. **Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, IX, n. 87. Abril 2011. Disponível em <http://www.ambito->

Para definir acesso à justiça, como demonstraremos é muito amplo tal conceito, neste artigo falaremos mais especificamente na assistência jurídica gratuita.

Em destaque o conceito mais conhecido pela doutrina é feito por Mauro Cappelletti sobre tema fala que o “acesso à justiça é reconhecimento difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou/ resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.”<sup>21</sup>

A nossa Constituição de 1988 estabelece a garantia constitucional de acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, está consagrada no Artigo 5º, inciso XXXV, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.<sup>22</sup>

Além da Constituição, o Art. 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, onde o Brasil é signatário, também expressa a garantia de acesso à justiça, vejamos:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.<sup>23</sup>

Portanto o direito do acesso à justiça supera uma garantia constitucional, sendo elevado como uma garantia dos Direitos Humanos, devido sua grande relevância.

O direito à gratuidade está referido no Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal que diz “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que

---

[juridico.com.br/sites/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id9146](http://juridico.com.br/sites/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id9146). Acesso em 29/02/2016.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.8.

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal.

<sup>23</sup> Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

comprovarem insuficiência de recursos”, portanto essa garantia constitucional assegura aos hipossuficientes a prestação de assistência judiciária gratuita.

### 2.3. Histórico da Assistência Jurídica Gratuita no Brasil

No Brasil, desde o início da colonização portuguesa a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos.<sup>24</sup>

Com a Constituição de 1824, no Brasil, em termo de legislação condensada existiam as “Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas”. Somente a última traz, em seu texto, algo similar à concessão de justiça gratuita<sup>25</sup> veja:

Ordenações Filipinas, Livro III

10. E sendo o agravante tão pobre, que jure que não tem bens móveis, nem de raiz; nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o “Pater noster póla alma delRey” Dom Diniz, se-lhe-há havido, como que pagasse os novecentos reais, com tanto que tire dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo.<sup>26</sup>

Então conforme visto naquela época bastava que a pessoa jurasse em rezar em favor do rei que seria beneficiada deixando de pagar custa.

Nas mesmas Ordenações, em seu Livro I, Título XXIV, § 43, o réu penal pobre era isento de pagar os feitos, até que estivesse em condições de fazê-lo. Portanto nota-se que não havia um prazo, como nos dias de hoje que decorrido cinco anos, o Estado perde o direito de cobrar o beneficiário da justiça gratuita.

Os colonizadores no Brasil trouxeram a praxe forense de que os advogados deveriam assistir os pobres que solicitarem, tal obrigação era vista como um dever moral do ofício do advogado.

Nossa primeira Constituição Brasileira, não trazia nada em seu texto sobre assistência jurídica gratuita, ou instituições como Defensorias Públicas, também não falaram nada as Constituições de 1891 e 1937.

---

<sup>24</sup> ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, França e no Brasil**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2006. p. 237.

<sup>25</sup> ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros. **A Evolução Histórica da Defensoria Pública nas Constituições Brasileiras**. *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Ed. Lúmen Júris. Volume V julho a dezembro/2004. p. 44.

<sup>26</sup> ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros. *Op. cit.* p. 44.

Nos primórdios do Brasil, como analisa José Augusto Garcia a assistência judiciária aos carentes estava intimamente ligada aos ideais abolicionistas<sup>27</sup>.

Nesta época era evidente a falta de regulamentação da assistência jurídica, que causava um entrave para população exercer a cidadania, o grande problema alcançava os escravos libertos. O jurista Thomaz Nabuco de Araújo, que foi presidente do Instituto dos Advogados do Brasil – IAB, de 1866 até 1873, contando com abolicionista propôs colocar em destaque o acesso à justiça como forma de garantir a justiça e implantar um sistema de assistência jurídica tendo como responsável o IAB, e tentou via Poder Legislativo pois sem apoio não conseguiria.

No período do Império do Brasil, foi criado o cargo de “Advogado do Pobres”, com encargo de defender os réus criminais pobres, tais defensores recebiam do Tesouro público, então nasce os primeiros “Defensores Públicos do Brasil”, sendo extinto em 1884.

Vinda a proclamação da República em 1889, a assistência jurídica gratuita ganhou novo impulso, já em 1890, o governo provisório baixou o Decreto n. 1030, que dispunha sobre uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres dizendo “Art. 175. O Ministério da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio dos pobres no crime e no cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados e dando os regimentos necessários”.

Vigou este decreto não tendo muita consistência, já em 1897 pelo meio do Decreto n. 2.547 da Presidência da República, foi criado o serviço público de assistência judiciária para o pobre no DF (no caso Rio de Janeiro na época), em que seu texto dizia “toda pessoa que, tendo direitos a fazer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”.

Em 1930 foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a instituição chamou para si o encargo de prestar assistência judiciária, passado de moral para um dever do advogado patrocinar os pobres, e sua recusa na época causava sanções pela OAB. Em seu Art. 91 dispunha “a assistência judiciária, no Distrito Federal, nos Estados e nos Territórios fica sob jurisdição exclusiva da Ordem”.

Com a Constituição de 1934, foi de grande impacto o texto trazido falando sobre assistência judiciária, vigorando pouco somente por três anos, dispunha no “Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais” o seguinte “Art. 113. (...) 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeitos órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumento, custas, taxas e selos”.

Com a chegada ao patamar constitucional e com a criação de órgãos para prestar assistência judiciária aos necessitados, incluindo-se a gratuidade de justiça,

---

<sup>27</sup> GARCIA, José Augusto Medeiros. **Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e funções Atípicas da defensoria Pública: A aplicação do Método Instrumental na Busca de Um Perfil institucional Adequado.** Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. Volume I julho a setembro / 2002. p. 144.

o princípio do acesso à justiça e da assistência judiciária foram elevados como Direito e Garantias Individuais para todos cidadãos de forma democrática. Então o termo “benefício” à assistência judiciária não é mais apropriado mas sim um “direito” à assistência judiciária, já que a Constituição traz um capítulo específico.

Vinda a redemocratização com a Constituição de 1946, idêntica ao capítulo de 1934, traz o “Capítulo III – Dos Direitos e Garantias Individuais”, mas com redação diferente “Art. 141, § 35. O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Ao comentar aludido assunto Carlos Augusto Medeiros de Andrade, diz que houve um retrocesso, embora timidamente, deixou para lei extravagante, o assunto de assistência judiciária aos mais necessitados, já que a Constituição de 1934 houve grande avanço na questão pois previa a criação inclusive de órgãos de assistência judiciária à comunidade.<sup>28</sup>

Com a lei extravagante em 1950, foi criada a Lei n. 1060, que fala especificamente sobre normas para concessão de assistência judiciária aos hipossuficientes, esta lei encontra-se em vigor, mas já sofreu grandes modificações ficando mais acessível os seus beneficiários.

A Constituição de 1967, no seu Art. 150, § 32 e também com a Emenda Constitucional de 1969, Art. 153, § 32, trazem a mesma idêntica matéria, no “Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais” assim prevê que “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”. Tal redação não deixou claro se seria o Poder Público que prestaria a assistência, sendo portanto na forma da Lei 1.060/50, que dispunha “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos seus necessitados nos termos da presente Lei.”.

Portanto a assistência judiciária continuou sendo um dever do Estado, apesar não ter previsão legal para criação de órgãos com a função de assistência, conforme dispunha a Constituição de 1934. Nas do doutrinador Cleber Francisco Alves:

Durante o período de vigência da Constituição de 1969, muitos estados que não possuíam um serviço específico de assistência judiciária trataram de providenciar a sua instalação. Assim, com exceção de Santa Catarina, todas as unidades federadas passaram a contar com algum tipo de serviço público de assistência judiciária, tanto na área criminal como na civil, criando para esses fins órgãos mais ou menos dependentes de outros organismo da administração pública, geralmente na estrutura das Procuradorias do Estado, nas Secretarias de Justiça – ou em alguns casos – dentro da estrutura do Ministério Público.<sup>29</sup>

Com nosso atual Constituição de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, pela primeira vez encontra-se a denominação Defensoria

---

<sup>28</sup> ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros. *Op. cit.* p. 47.

<sup>29</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Op. cit.* p. 247

Pública em seu “Título IV Da Organizações dos Poderes”, “Capítulo IV Das Funções Essenciais à Justiça”, vejamos o que diz “Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.”

O referido Art. 5º, LXXIV preceitua “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A atual Constituição de 1988, trouxe grandes avanços o tema de assistência jurídica, principalmente no que diz que ela deve ser “integral”, pois sempre se usou o termo “assistência jurídica” o que submete somente a demanda judicial. Enquanto “assistência jurídica integral” é muito mais abrangente, abarcando inclusive atos judiciais e extrajudiciais, aconselhamento jurídico, além de ações coletivas e mediações.<sup>30</sup>

## 2.4. Da Gratuidade Judiciária

Com a promulgação da Lei n. 13.105/2015 entra em vigor no Brasil no dia 18 de março de 2016, o Novo Código de Processo Civil, em seus Art. 98 a 102, desdobrados em diversos parágrafos, falando sobre o tema da concessão da gratuidade de justiça. Assim afastando a remissão para benefício da Lei n. 1.060, de 5º de fevereiro de 1950, uma vez em vigor o Novo Código tal lei restará revogada.

O Art. 98, “caput”, diz “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”<sup>31</sup>. A principais análises são que comparado ao Art. 2º, “caput”, da Lei 1.060/50 são a expressão a alusão a pessoa jurídica e ampliação dos benefícios aos estrangeiros.

Como observa o doutrinador José Wellington Bezerra da Costa Neto, que a alusão a pessoa jurídica é de ser elogiada a iniciativa, mas a lei deixa de esclarecer se as pessoas jurídicas são sujeitas aos mesmos regimes comprobatórios da miserabilidade que as pessoas naturais ou se haverá alguma distinção. E também comenta a extensão aos estrangeiros independentemente de manterem, no país residência, o que era exigido pela Lei n. 1.060/50<sup>32</sup>.

O §1º do referido Art. 98, enumera, nos termos do Art. 3º da Lei n. 1.060/50, as verbas abrangidas pela isenção legal tendo aumentado o antigo rol, in verbis:

---

<sup>30</sup> DANTAS, Alexandre Fernandes. **Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, IX, n. 87. Abril 2011. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/sites/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id9146](http://www.ambito-juridico.com.br/sites/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id9146). Acesso em 29/02/2016.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

<sup>32</sup> COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica**. 1. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. p. 379.

§1º A gratuidade da justiça compreende:

I – as taxas ou as custas judiciais;

II – os selos postais;

III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessários à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual ou benefício tenha sido concedido.<sup>33</sup>

No §2º da Lei n. 13.105/15 traz em seu texto que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. E em seu §3º estabelece que o vencido beneficiário somente poderá ser executado no prazo de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da decisão, extinguindo-se se passar este prazo.

Ainda vale salientar sobre o Art. 98, §4º a confirmação da gratuidade não abrange muitas processuais, em seu §5º o Novo Código Processual traz a possibilidade da benesse ser deferida para algum ou todos os atos, bem como a concessão de redução do percentual de despesas processuais ao beneficiário tiver adianta no curso do procedimento, e no §6º traz a possibilidade do juiz conceder o parcelamento das despesas processuais no curso do procedimento.

O Art. 99 do NCPC, preceitua que “O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso”, tal texto traz a previsão de solicitação do benefício a qualquer tempo.

Importante, ressaltar a previsão como em preliminar de contestação “da indevida concessão de benefício de gratuidade de justiça” (Art. 337, XII do NCPC), pois cabe discussão acerca da revogação do incidente de impugnação à gratuidade, previsto no Art. 7º da Lei n. 1.060/50.

O Art. 100 do NCPC, manteve esse incidente cabendo na contestação (em que fara como preliminar), na réplica e na contrarrazões do recurso, ou no caso de

---

<sup>33</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentado no prazo de 15 dias, nos próprios autos, sem suspensão do curso.

No Art. 101 do NCPC, se resolveu antiga celeuma relativa ao recurso cabível das decisões acerca da gratuidade, vejamos:

Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença contra a qual caberá apelação.

§1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até a decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso;

§2º Confirmada a denegação ou revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.<sup>34</sup>

Previu-se então o cabimento de agravo de instrumento (no Art. 1015, V do NCPC prevê as decisões passíveis de agravo e inseriu o caso de gratuidade), salvo quando a decisão acerca da questão se der na sentença. No caso da decisão seja em sentença, um vez interposta o recurso de apelação, a parte recorrente estará isenta de preparo, até que o relator decida sobre o julgamento da apelação. A decisão poderá ser proferida pelo próprio colegiado, sempre em preliminar. Se mantido o óbice ao benefício de gratuidade, a parte terá 5 dias para efetuar o recolhimento, sob pena de deserção (Art. 101, §2º do NCPC).

Por fim o último artigo do “Seção IV – Da Gratuidade da Justiça”, no Art. 102 do NPC, assim diz:

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensado, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.<sup>35</sup>

Então prevê o parágrafo único a possibilidade de revogação do benefício devendo ser feito o recolhimento de todas as despesas anteriormente dispensadas deverá ser efetuado. Prevê também a consequência da omissão do autor, que causa a extinção do processo, no caso de omissão do réu ou outro interveniente em posição idêntica, a impossibilidade de praticar qualquer ato ou diligência até sua falta.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

### 3. CONCLUSÃO

Conclui-se portanto neste artigo o objetivo em conceituar esses dois grandes institutos de acesso à justiça e a gratuidade judiciária, como descrito são fruto de uma evolução histórica onde as partes buscam resolver seus litígios pela jurisdição do Estado. Mas muitos não possuem condições financeiras para ter acesso ao judiciário.

Demonstrado que é dever do Estado a tutela jurisdicional e deve ele garantir o acesso dos hipossuficientes, foi implantando no nosso texto da Constituição Federal de 1988 o direito ao acesso à justiça e gratuidade judiciária sendo uma garantia fundamental do indivíduo.

Com a entrada em vigência da Lei 13.105/2015 do Novo Código de Processo Civil, essa garantia constitucional é reforçada, trazendo mais segurança jurídica aos beneficiários da gratuidade jurídica podendo assim ter o acesso à justiça facilitado pela nova lei.

### REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, França e no Brasil**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2006.

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros. **A Evolução Histórica da Defensoria Pública nas Constituições Brasileiras**. *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Ed. Lúmen Júris. Volume V julho a dezembro/2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal.x'

\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica**. 1. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DANTAS, Alexandre Fernandes. **Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, IX, n. 87. Abril 2011. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/sites/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id9146](http://www.ambito-juridico.com.br/sites/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id9146). Acesso em 29/02/2016.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GARCIA, José Augusto Medeiros. **Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e funções Atípicas da defensoria Pública: A aplicação do Método Instrumental na Busca de Um Perfil institucional Adequado**. Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. Volume I julho a setembro / 2002.

HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e afetividade da tutela jurisdicional**. 2014. Disponível em:  
<http://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 28/02/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

**ABSTRACT:** This scientific article has as its theme " The Fundamental Right of Access to Justice and Judicial Gratuity from the viewpoint in the New Code of Civil Procedure " which in this work we tried to conceptualize what is the jurisdiction and access to justice, showing the historical evolution these issues, and further demonstrating the importance and relevance of these issues as they are constitutional guarantees for citizens. With the effect of the new Code of Civil Procedure, the right to hyposufficient access to justice was assured, since it gives in his text judicial gratuity. The type of research for the article was analytical and descriptive method in conjunction with bibliographic data. We conclude that this scientific article is an information tool as it helps to intensify the fight for justice and generosity to the needy and thus propagate the fundamental right of access to justice.

**KEYWORDS:** jurisdiction; access to justice, judicial gratuity, new civil procedure code.

## **CAPÍTULO XVIII**

### **O DUMPING AMBIENTAL E O ÍLICITO LUCRATIVO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

---

**Giovana Mesquita Alves Cruz  
Henrique Pinho de Sousa Cruz**

## O DUMPING AMBIENTAL E O ÍLICITO LUCRATIVO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

**Giovana Mesquita Alves Cruz**

Universidade Estadual de Londrina

Londrina – Paraná

**Henrique Pinho de Sousa Cruz**

Universidade Estadual de Londrina

Londrina - Paraná

**RESUMO:** O presente resumo vem abordar a prática empresarial do dumping ambiental e social no cenário internacional, o qual é fomentado principalmente nos momentos de crise da economia de um país, em que se busca a redução de custos. A busca desenfreada pelo lucro afeta diretamente o meio ambiente equilibrado e a economia mundial, violando, sobremaneira, as regras costumeiras de comércio e, de igual forma, prejudicando a justa concorrência de mercado. Destarte, levando-se em conta as regras comerciais internacionais estabelecidas pela OMC e pelos protocolos internacionais de proteção ao meio ambiente, práticas ilícitas de comércio e degradação ambiental não devem ser aceitas. Faz-se eminentemente necessária uma regulamentação efetiva, que possa, se necessário, impor-se às normas internas do Estado infrator.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dumping Ambiental. Ilícito Lucrativo. Crise Econômica. Responsabilidade Universal. OMC.

### 1. INTRODUÇÃO

Os últimos anos têm sido marcados pela forte tendência integração regional no aspecto econômico, inclusive com tentativas de uniformização de normas internacionais que regulem o relacionamento entre os Estados, a exemplo da formação de blocos econômicos como MERCOSUL e União Européia.

Em relação ao comércio exterior, o aumento de fluxo de trocas e investimentos tem forçado os Estados a fortalecerem as regras de Direito Internacional, em especial o Direito Econômico, almejando relações que primem pela justiça e lealdade nas transações.

O período pós Segunda Guerra Mundial foi extremamente relevante no referente ao desenvolvimento do comércio internacional, marcado pelo desenvolvimento de fortes concorrências internacionais, assim como pelo aumento de práticas consideradas desleais, como o dumping.

Ademais, após crises econômicas que afetaram os Estados Unidos, como o crack da bolsa de valores de Nova Iorque de 1929 e a crise do credit subprime em 2008, a comunidade internacional foi atingida abruptamente pelos nocivos reflexos econômicos, onde se demonstrou claramente o esgotamento do modelo clássico do liberalismo econômico. Constata-se, a partir de então, a inexistência de fronteiras ou barreiras que possam proteger as economias de cada Estado dos efeitos da

globalização.

A evolução do capitalismo e do desenvolvimento econômico trouxe como uma das principais e mais preocupantes consequências a degradação ambiental. A partir das preocupações com os efeitos danosos do crescimento industrial surgiu-se a necessidade de se repensar o crescimento global em termos de equilíbrio global, visando reflexão sobre os modelos de crescimento baseados na exploração predatória dos recursos naturais.

A partir de então, passou-se à busca de um denominador comum entre crescimento econômico e sustentabilidade do meio ambiente. Tal preocupação possui sua gênese na Conferência de Estocolmo, considerada um marco histórico político internacional, decisivo para o surgimento de políticas de gerenciamento ambiental (RIBEIRO, 2010). Essa conferência direcionou a atenção das nações para as questões ambientais, discutindo, inclusive, a necessidade de mudanças incisivas nas economias da comunidade internacional, que, por sua vez, representam certa abdicção de crescimento econômico por parte de alguns países.

Infelizmente, a convenção de Estocolmo não foi suficiente para frear as ambições desmedidas de alguns países. À título exemplificativo, temos a gananciosa aliança comercial entre Índia e Estados Unidos feita pela empresa estadunidense Union Carbide Corporation, responsável por um dos maiores de acidentes ambientais, qual seja, o vazamento de gases letais em Bhopal na Índia no ano de 1984, apenas 12 anos depois da Convenção de Estocolmo. Até hoje o desastre surte efeitos deletérios na população local, para não mencionar outros danos difusos imensuráveis ao meio ambiente, posto que tais gases químicos são de difícil absorção pelo ecossistema. A população afetada, vale mencionar, ainda aguarda que seus pedidos de indenização sejam atendidos.

A Índia é um dos principais países emergentes da comunidade internacional, ficando atrás somente da China, com um PIB aproximado a US\$ 4,92 trilhões em 2013. Em contrapartida, é um dos países com menor Índice de Desenvolvimento Humano segundo a UNESCO, sendo classificada como o centésimo trigésimo país da listagem mundial. A somatória desses fatores acaba por favorecer e atrair práticas como o chamado dumping ambiental, que pode ser conceituado, segundo o Acordo Antidumping (AAD), como a exportação de produtos a um preço inferior ao seu valor normal. Essa prática se caracteriza também pelo retardo ou pela ameaça de prejuízo material às indústrias estabelecidas no território da parte contratante.

A busca da empresa estadunidense Union Carbide Corporation por preços e mão-de-obra barata na Índia, reforçada pela ausência de legislações sociais ou normas ambientais, foi responsável por um dos maiores desastres ambientais do mundo, ao mesmo tempo em que, para a empresa estrangeira, a situação representa um “ilícito lucrativo”.

Nos últimos anos, em decorrência de uma série de catástrofes ambientais, aquecimento global, efeito estufa e inúmeros outros fatores, percebe-se uma maior preocupação da comunidade internacional acerca do meio ambiente. A preocupação se dá, além da questão do risco difuso em relação às questões climáticas e ambientais, também em razão da economia e produtividade dos Estados e grandes

empresas.

Devido às pressões internas, muitas nações, sobretudo os países desenvolvidos, passam a adotar legislações mais rígidas buscando a conservação dos seus diversos sistemas ambientais. Essas legislações obrigam os produtores nacionais a internalizar muitos custos ambientais, fazendo com que eles percam competitividade no mercado internacional. As nações em desenvolvimento, em contrapartida, geralmente não possuem normas protetivas tão rígidas. Essas questões provocam inúmeros conflitos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), pois atinge diretamente a livre concorrência comercial.

A “solução” encontrada por esses países desenvolvidos, buscando a redução de custos e uma maior competitividade de seus produtos, é o chamado dumping ambiental, prática em que as atividades empresariais mais nocivas ao meio ambiente são realizadas em países onde a proteção ambiental é menos rigorosa. Enquanto isso, a degradação ambiental é alheia a estes conflitos e continua a avançar sem respeitar fronteiras.

## **2. DUMPING, DUMPING PREDATÓRIO E DUMPING AMBIENTAL**

A evolução dos estudos do fenômeno dumping corroborou para a definição de diversas modalidades ou formas para avaliá-lo, partindo da premissa de que existiriam diversas motivações para a prática e, assim, não poderia ser considerado como algo único (JOHANNPETER, 1996).

Essa categorização decorre muito mais de fatores econômicos do que jurídicos, afinal, a análise jurídica se dá somente após a constatação da prática de dumping mediante investigação de caráter econômico. Deste modo, são modalidades de dumping: por excedente, predatório, tecnológico, estrutural, social, ambiental e cambial.

Neste trabalho restringiremos a análise aos conceitos de dumping (de um modo geral), dumping predatório e dumping ambiental.

### **2.1. Dumping**

Dumping é uma palavra inglesa que deriva do termo dump que, entre outros, significa “despejar” ou “esvaziar”. A palavra é comumente utilizada na esfera do comércio internacional para designar a prática de se colocar no mercado produtos abaixo do custo de mercado.

O dumping é frequentemente constatado em operações de empresas que pretendem conquistar novos mercados internacionais. Para isso, vendem os seus produtos no mercado externo a um preço extremamente baixo, muitas vezes, inferior ao custo de produção.

A rigor, o dumping diz respeito às vendas ao exterior, mas ele também pode acontecer no mercado interno (WOLFFENBÜTTEL, 2006). Essa prática ocorre, por

exemplo, quando determinado setor recebe subsídios governamentais e, por isso, consegue exportar seus produtos abaixo do custo de produção. Um exemplo bastante conhecido são os subsídios concedidos aos agricultores da Europa e dos Estados Unidos, que frequentemente prejudicam as vendas brasileiras ao exterior.

## 2.2. Dumping Predatório

No chamado “dumping predatório”, por sua vez, a empresa se utiliza dessa tática para intencionalmente prejudicar os concorrentes no exterior, fazendo com que eles saiam do mercado. Às vezes o preço dos produtos chega a ser inclusive abaixo do valor de custo, com o claro objetivo de derrubar a concorrência interna para posterior domínio do mercado. Normalmente, atingindo o objetivo, essas empresas passam a aumentar o preço novamente.

Esse tipo se enquadraria na chamada competição predadora, em que se busca a eliminação da concorrência que fabrica produto similar. Seria semelhante ao que ocorre no mercado interno, onde o fabricante vende, durante um período, a preço abaixo do custo de produção, com a pretensão de acabar com a concorrência e em um segundo momento, quando já estiver em posição privilegiada, subir os preços e lucrar acima do normal. Esta seria a única modalidade condenável.

No Brasil, o Decreto 93.941, de 16 de janeiro de 1987, somado ao Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995, que regula as regras que ordenam em nosso país os temas referentes ao à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, de 1994 (GATT), instituem as medidas administrativas relativas à prática dos procedimentos contra o dumping. Estabelece no artigo VI do GATT acerca dessa prática comercial:

As partes contratantes reconhecem que o dumping, meio pelo qual produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, deve ser condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional.

Logo, vê-se que a prática de dumping predatório é terminantemente vedada pelas normas econômicas externas e internas, justamente por seu alto potencial nocivo às praticas mercantis e a regulação de comércio.

## 2.3 Dumping ambiental

O dumping ambiental, mais especificamente, também denominado dumping ecológico, pode ser definido como uma prática de redução de custos empresariais baseada na concentração da atividade em estabelecimentos sediados em locais onde a proteção ambiental é menos rigorosa e impõe ao empreendedor menos

obrigações. Caracteriza-se também pela utilização de material não reciclável, proveniente de fontes naturais não-renováveis.

Para Matias e Zancocchi (2011, p. 6) o chamado dumping ambiental pode ser definido da seguinte maneira:

[...] forma de concorrência desleal, geralmente baseada em uma vantagem conferida a uma determinada indústria, em um determinado país, decorrente da inobservância de padrões mínimos de proteção ao meio ambiente internacionalmente reconhecidos, acarretando padrões insustentáveis de exploração de recursos naturais.

Deste modo, os gastos com a produção de um bem ou na realização de um serviço são drasticamente reduzidos, e, conseqüentemente, o preço torna-se menor e mais competitivo no mercado. Assim, a prática do dumping ambiental, muitas vezes realizada sem ética e com total falta de lealdade, geralmente está atrelada a uma atividade antrópica de degradação do meio ambiente.

### **3. O DUMPING AMBIENTAL COMO MEDIDA PARA A FUGA DE CRISES ECONÔMICAS**

Analisando a atual conjuntura econômico-ambiental internacional, pode-se constatar que o mundo vem sofrendo drásticas mudanças que, na busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico, acabam por afetar diretamente (e negativamente) o meio ambiente. A situação ainda se agrava com a falta de efetivação das políticas públicas de sustentabilidade. As direções e decisões tomadas visam, em primeiro plano, estancar a crise e, com isso, práticas desleais de comércio, como o dumping e o dumping ambiental, são adotadas.

Neste sentido o sociólogo alemão Ulrich Beck (2010, p. 302) constata, a partir da análise das crises energéticas do carvão e do petróleo, das crises mercantis e industriais, que nesse contexto de globalização, vivemos numa busca constante por novos meios de produção. Ademais, verifica-se que há uma preocupação maior com a economia do que com o meio ambiente.

No Brasil, particularmente, não se vê somente a exclusão social, mas uma degradação ambiental desenfreada e fomentada pela sede de ganho econômico. A título de exemplo temos a PEC 65/2012, aprovada no Congresso Nacional em maio de 2016 em plena crise política e econômica, que desobriga os entes públicos do licenciamento ambiental (BORGES, 2016). Essa situação representa verdadeiro retrocesso das garantias ambientais em detrimento do lobby econômico.

O projeto, de autoria do senador Acir Gurgacz (PDT-RO) estabelece que, a partir da simples apresentação de um Estudo Impacto Ambiental (EIA) pelo empreendedor, nenhuma obra poderá mais ser suspensa ou cancelada. Na prática, isso significa que o processo de licenciamento ambiental, que analisa se um empreendimento é viável ou não a partir dos impactos socioambientais que pode gerar, deixa de existir.

Assim, observa-se que em meio ao desespero econômico e político brasileiro, busca-se a utilização dos recursos naturais como meio para sair da recessão, e, com

isso, atrair e facilitar o ingresso de empresas estrangeiras no âmbito nacional. Tudo isso às custas da precarização das garantias e proteções ao meio ambiente pátrio.

É importante ressaltar que o que aqui se defende não é a vedação de crescimento econômico dos países em desenvolvimento ou o crescimento zero, pensamento defendido pelo Clube de Roma na Conferência da ONU em Estocolmo de 1972 (COUTO; TEIXEIRA, 2009, p. 219), mas sim um modelo de cooperação com observância e uma regulamentação supranacional dos direitos ambientais nas relações comerciais, de modo que, implique em sanções severas e proporcionais aos contratos prejudiciais e aos danos ambientais.

#### **4. O ILÍCITO LUCRATIVO E A PRÁTICA DO DUMPING PREDATÓRIO**

Como se viu alhures, a prática do dumping ambiental consubstancia-se em uma prática desleal do meio comercial, em que uma empresa, ao produzir seus bens ou serviços, não adota meios sustentáveis e ou de menor degradação ao meio ambiente, visando um valor de mercado inferior e, por conseguinte, mais competitivo quando comparado ao de outras empresas concorrentes que se utilizam e se atentam às leis ambientais, ao passo que seu preço final não abarcará os gastos com meios sustentáveis e ecológicos de produção.

Assim, a infração de normas nacionais e internacionais de comércio pode ser altamente lucrativa para as grandes empresas, tendo em vista que o valor final auferido é, muitas vezes, consideravelmente superior às penas ou multas aplicáveis. É importante ressaltar, neste mesmo sentido, que a imposição das sanções após os danos e ilícitos cometidos muitas vezes não engloba a indenização sobre as injustiças ambientais sofridas pelas populações mais carentes afetadas.

Diante de todo esse contexto, a procura dos países desenvolvidos por países emergentes, onde geralmente as normas protetivas ao meio ambiente são mais flexíveis, cresce cada vez mais. Nesses países é grande a sujeição ao poder econômico, ao mesmo passo em que os direitos humanos acabam sendo deixados de lado, o que se comprova pelo em geral baixo Índice de Desenvolvimento Humano dessas regiões.

Exemplo disso foi o que ocorreu com a Índia e os Estados Unidos, que numa aliança comercial gananciosa feita pela empresa de pesticidas estadunidense Union Carbide Corporation geraram um dos maiores de acidentes ambientais da história moderna (TAYLOR, 2014). Em 1984, um acidente na fábrica, em Bhopal, na Índia, lançou pelo menos 30 toneladas de gases altamente tóxicos na região, levando milhares de pessoas a óbito.

Ainda hoje, mais de 30 anos depois do acidente, resquícios de material tóxico permanecem, assim como os efeitos do desastre, que provocam alterações físicas e mentais na população, que até hoje esperam sua indenização.

## 5. O MEIO AMBIENTE PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Paralelamente ao crescimento do comércio internacional, os Estados apostavam na industrialização como grande vetor de desenvolvimento, em razão do alto valor agregado desses produtos. No período pós Segunda Guerra, a economia mundial conheceu uma de suas maiores épocas, com elevados índices de crescimento econômico, cujo modelo vigente até então exigia um uso intensivo de recursos naturais. Desta forma, esse crescimento econômico foi conseguido às custas de relevantes perdas ambientais.

Com os inúmeros incidentes ambientais que começaram a surgir ao redor do planeta, como o já mencionado vazamento de gases tóxicos na Índia em 1984 e o acidente nuclear de Chernobyl em 1986, a questão ambiental passa a entrar, definitivamente, na pauta internacional. Principalmente a partir da década de 1970, com o lançamento de alguns estudos que colocavam em xeque o modelo tradicional de produção e crescimento econômico (MEADOWS et al., 1972). Nesta década foi realizada também a denominada Conferência de Estocolmo (1972), cuja principal preocupação era conter as várias formas de poluição.

Os debates dessa conferência foram marcados por uma polêmica que envolveu, de um lado, os representantes de países centrais e membros da comunidade científica, reunidos no chamado Clube de Roma, que defendia o crescimento zero, e, de outro, representantes de países do Terceiro Mundo, que reivindicavam o direito ao desenvolvimento, mesmo trazendo impactos ambientais (COUTO; TEIXEIRA, 2009, p. 219).

Com o aumento das preocupações inerentes à proteção do meio ambiente e preservação dos recursos naturais, passou-se a repensar os padrões de consumo e de produção que impactavam diretamente o meio ambiente, tendo surtido certas consequências sobre o comércio internacional em razão de sua interligação direta com o crescimento econômico. Como se sabe, o meio ambiente é fonte de insumos básicos para a produção e, ao mesmo tempo, destino comum dos rejeitos da atividade econômica. Assim, a partir da década de 1980, com o fortalecimento dos movimentos ambientais, surge o conceito de desenvolvimento sustentável.

A ONU, em seu documento intitulado *Nosso Futuro Comum*, de 1987, conceitua o desenvolvimento sustentável como sendo “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. A sociedade, principalmente nos países mais desenvolvidos, também passa a reivindicar políticas de preservação ambiental. A partir desta nova percepção, muitos setores foram pressionados a mudar métodos e processos tradicionais de produção para se adequar às novas demandas da sociedade por produtos ambientalmente saudáveis.

O debate se aprofundou sobre os impactos que o comércio, sobretudo internacional, teria sobre o meio ambiente. Não havia apenas o problema da questão de escala. O efeito de composição, que relaciona a mudança nos padrões de especialização produtiva dos países como resultado da abertura econômica, poderia agravar ou amenizar o impacto da produção e do consumo internos sobre o meio

ambiente, o que dependeria, em grande parte, do rigor da legislação ambiental adotada pelo país.

Assim sendo, os países desenvolvidos passaram a se preocupar com o impacto da produção e do consumo internos, que dependem grandemente da legislação ambiental adotada pelo país. Passaram, então, aproveitando-se da abertura comercial, a buscar a possibilidade de países com regulamentações ambientais mais brandas se especializarem em setores altamente poluidores de sua produção, minimizando custos de produção e aumentando sua competitividade (SÁLVIO, 2008). Observa-se, então, o surgimento da tendência de os padrões ambientais mais rígidos dos países desenvolvidos serem transferidos para os países em desenvolvimento.

O chamado dumping ambiental, desta forma, passou a ser estratégico. O receio de que isto venha a ocorrer influenciou algumas áreas de livre comércio a promover a busca pela harmonia de suas políticas ambientais, como aconteceu na União Europeia. O dumping ambiental, vale salientar, deve ser combatido não apenas em razão da questão econômica de concorrência desleal, mas principalmente pelo direito fundamental e humano a um ambiente ecologicamente equilibrado.

## **6. A BUSCA PELA EQUALIZAÇÃO PARA UM CRESCIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E JUSTO**

Sabe-se, que a estabilidade e o crescimento econômico são de incontestável importância para os Estados. A economia, contudo, deve ser movimentada e estimulada de forma equilibrada e sustentável. Para tanto, faz-se necessária a positividade e observância às normas internacionais de proteção ao meio ambiente, com, inclusive, a imposição de cláusulas e sanções dos órgãos reguladores sobre os acordos e sobre o comércio internacional, de modo que haja um maior intervencionismo bloqueador dos acordos privados que infrinjam ou que denigrem exaustivamente o meio ambiente internacional.

Como já se viu na história da economia liberal, e seguindo a máxima do economista austro-húngaro Karl Polany (FARIA, 2011, p. 48), a ideia de não intervenção estatal e o livre jogo de mercado com acumulação irrestrita de riquezas abstratas constituem um “moinho satânico” que destrói a capacidade produtiva das nações e tritura as condições de vida dos indivíduos, gerando, por consequência, exclusão social e injustiças socioambientais.

Neste enfoque, nota-se, como já mencionado, que as grandes empresas e nações desenvolvidas de economia mais liberal, buscam, principalmente em períodos de crise econômica, países com menos normatização, menos fiscalização ambiental e mão de obra barata, países esses que, geralmente, estão à procura de crescimento econômico.

A professora Cristiane Derani (2008, p. 150) explica que para regular toda esta convulsão de ideias e ideais, temos o Direito como o instrumento normativo de uma

sociedade, cujo objetivo, dentre outros, é regular o dilema exposto na contradição entre economia e ecologia. E é esta normatização que buscará a efetivação do nosso ordenamento jurídico, quando se trata da adequação do uso dos recursos naturais ao processo produtivo econômico.

Nesse mesmo sentido, Rachel Stajn (2005) explica que a análise econômica do direito negocial sempre deverá estar atrelada aos direitos ambientais e os efeitos refletidos em seu ecossistema, de modo que um equilíbrio entre ambos seja estabelecido.

## 7. CONCLUSÃO

A sustentabilidade é um ideal que se perfaz principalmente pela ação e pela constante busca entre o equilíbrio do desenvolvimento econômico e a preservação do ecossistema. Para se atingir um desenvolvimento sustentável há três abordagens que devem ser seguidas e harmonizadas: a econômica, a ecológica e a social.

Em relação ao aspecto econômico da sustentabilidade, deve-se maximizar a renda enquanto se mantêm constantes os estoques de capital. Quanto ao ecológico, deve-se buscar manter a resiliência dos sistemas biológicos e físicos. Sob o aspecto cultural, por sua vez, busca-se manter a estabilidade dos sistemas social e cultural (ROGERS; JALAL e BOYD, 2008). Correlacionar estas três esferas sem que haja predominância de uma sobre a outra se torna o grande desafio da sustentabilidade, pois a ação dos três termos interfere diretamente uns nos outros e em seus valores.

Assim, a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade econômica (assim como a social) devem sempre se pautar de maneira paralela, respeitando os freios principiológicos de cada uma e utilizando as ferramentas necessárias para que haja desenvolvimento, não somente no campo econômico, mas também no campo cultural e comportamental da sociedade.

Vemos ainda que, nos dias atuais, a conservação do meio ambiente e a consequente garantia de sobrevivência humana está estritamente ligada à necessidade econômica do comércio internacional que, em busca de fuga das crises econômicas ou meramente na busca desenfreada pelo lucro, adota medidas insustentáveis e altamente prejudiciais, acabando por valorizar o mercado em detrimento da preservação dos recursos naturais.

Outrossim, por serem economia e meio ambiente fatores que direta ou indiretamente, em razão do processo de globalização, interligam e afetam a todas as nações, faz-se necessária uma incidência efetiva da comunidade internacional, em especial dos órgãos internacionais reguladores do comércio para que seja observado o crescimento econômico respeitoso aos direitos ambientais. O meio ambiente, por ser um bem intergeracional e que cujos reflexos e efeitos não se prendem a fronteiras, deve ser salvaguardado dos danos não apenas de maneira interna, mas sim com uma visão universal.

É notório que as nações vivenciam crises econômicas e que o modelo econômico predominante no mundo é o capitalismo, um grande utilizador dos

recursos naturais. Todavia, seguindo o esboçado, verifica-se existir a necessidade de uma estratégia que interligue de uma maneira equilibrada o desenvolvimento de capital com a sustentabilidade ambiental, coibindo práticas como as de dumping ambiental, que causam efeitos destrutivos tanto na concorrência mercantil, onde viola de certa forma o modelo de cooperação internacional, quanto na degradação desmedida dos recursos naturais planetários.

O meio ambiente equilibrado, evidentemente, é de responsabilidade universal. Entretanto, as convenções e rodadas de acordos internacionais por muitos anos ficam a mercê da devida atenção pelos entes internacionais. O que não se parece enxergar é que as consequências da deteriorização desse bem único possui consequências gravíssimas para todas as nações e para cada um individualmente, de modo a fazer com que a prática de ilícitos comerciais e ambientais não seja atrativa.

Portanto, enquanto as medidas internacionais antidumping forem irrisórias, ou sem a fiscalização ou uma maior incisão pela comunidade internacional, seja pelos acordos como o GATT, ou sejam pelos órgãos internacionais de relevância como OMC, FMI ou o BIRD, não teremos uma mudança de paradigma no que tange à sustentabilidade ou à preservação ambiental, sendo extremamente necessária esta intervenção no domínio econômico das empresas responsáveis pelos ilícitos comerciais e conseqüentemente dos danos ambientais mundiais.

Assim, medidas de intervenção no domínio econômico das empresas responsáveis pelos ilícitos comerciais e conseqüentemente dos danos ambientais mundiais, por meio de políticas de taxação e punição efetivos pelos órgãos nacionais e internacionais de comércio, são medidas que se impõem, de modo que os ilícitos ambientais deixem de se tornar lucrativos para os infratores. Desse modo, ao menos o mínimo de possibilidade da restauração do status quo ante do meio ambiente degradado é garantido, e a probabilidade de desastres como os de Bhopal, da Índia, assim como inúmeros outros é amenizada.

Portanto, o combate ao chamado dumping ambiental é legítimo e essencialmente necessário para que se continue aumentando o controle e fiscalização sobre as atividades econômicas causadoras de impactos ambientais, e igualmente coibindo práticas desleais de comércio, permitindo-se doravante, que a preservação do meio ambiente realmente seja efetiva e que se alcance um padrão mínimo no qual se possa promover o desenvolvimento econômico sustentável.

## REFERÊNCIAS

BECK, Urick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 34. ed. São Paulo: 2010.

BORGES, André. **Comissão do Senado aprova PEC que derruba licenciamento ambiental para obras**. 2016. Estadão. Disponível em:  
<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-do-senado-aprova-pec->

que-derruba-licenciamento-ambiental-para-obras,10000028489>. Acesso em: 10 set. 2016.

COUTO, M. do S. D. da S.; TEIXEIRA, D. A. Uma análise de diferentes questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável na contemporaneidade. 2010. Revista Ateliê Geográfico, UFG, vol.04, nº02, p. 215-232.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. O Estado e o direito depois da crise – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

GATT. **Ministerial Decision on Trade and Environment**. Decision of 14 April 1994. GATT Doc. MTN.TNC/W/141.

JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. **Antidumping: prática desleal no comércio internacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MATIAS, João Luis N. & ZANOCCHI, José Maria M. **A compatibilização entre o comércio internacional e a proteção ao meio ambiente no âmbito da OMC: análise do caso das restrições à importação de pneus recauchutados pelo Brasil**. 2011. Anais do XX CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, v. 1, p. 4995-5015.

MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jørgen; BEHRENS III, William W. **Limites do crescimento**. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução de Fanny Wrobel. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RIBEIRO, W. C. **Geografia política e gestão internacional dos recursos naturais**. Estudos Avançados 24 (68), 2010.

ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An Introduction to Sustainable Development**. Londres: Earthscan, 2008.

SÁLVIO, Gabriella Giovanna L. **Combate ao dumping ambiental e social no comércio internacional: uma real tentativa de proteção aos direitos fundamentais?** 2008. Revista Vox Juris, Universidade Gama Filho, ano 1, vol. 1, n. 1, pág. 57- 78.

STAJN, Rachel. **Direito e Economia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAYLOR, Alan. Bhopal: **The World's Worst Industrial Disaster, 30 Years Later**. 2014. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/photo/2014/12/bhopal-the-worlds-worst-industrial-disaster-30-years-later/100864/>>. Acesso em: 9 set. 2016.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. **O que é?: Dumping**. 2006. Ipea. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23)>. Acesso em: 10 set. 2016.

**ABSTRACT:** The present project approaches the business practice of environmental and social dumping in the international scenario, which is especially promoted in moments of economic crisis, in order to reduce costs. The unbridled pursuit of profit directly affects the balanced environment and the world economy, raping the usual rules of trade and, equally, hampering fair market competition. Thus, taking into account international trade rules established by WTO and international protocols for environmental protection, illicit trade practices and environmental degradation may not be accepted. This way, effective regulation is eminently necessary, which can, if necessary, make through the infringer state internal rules.

**KEYWORDS:** Environmental Dumping. Illicit Profit. Economic Crisis. Universal Responsibility. WTO.

## **CAPÍTULO XIX**

### **OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEVER DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO**

---

**Luciana Oliveira de Campos**

## OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEVER DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO<sup>36</sup>

Luciana Oliveira de Campos

Mestre em Direito pela Universidade La Salle Canoas/RS

**RESUMO:** Neste estudo, que adota a metodologia da pesquisa bibliográfica, são analisados alguns aspectos do poder-dever normativo das agências reguladoras brasileiras delineado por standards legais e pelas políticas públicas que orientam e delimitam o exercício de suas atividades. Por meio das políticas públicas, são definidos objetivos, programas e metas, em regra voltados à concretização de direitos fundamentais, parâmetros que devem ser observados pelas agências reguladoras no desempenho de suas atividades, das quais dependem, muitas vezes, a efetividade destas políticas, já que muitas políticas públicas brasileiras são voltadas a setores regulados e dependem de regulamentação das agências seja no sentido de promoção, seja no sentido de proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agências Reguladoras; Poder Normativo; Políticas Públicas.

### 1. INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Administrativo, cada vez mais se fala em políticas públicas, termo mais familiar aos estudiosos das ciências políticas e sociais do que dos operadores do direito, mas que se faz cada vez mais presente no universo jurídico. Neste estudo, pretende-se analisar a competência normativa das agências reguladoras frente às políticas públicas que funcionam tanto como um delimitador do ato normativo, quanto como um orientador e estipulador do dever de agir, sempre no sentido de que as políticas públicas sejam efetivas.

O fato é que não se pode falar de direitos humanos e direitos sociais sem perpassar em algum momento pelo debate acerca de políticas públicas. Nem tão pouco é possível tratar de questões relacionadas a serviços públicos e a desenvolvimento econômico e social, sem atentar para as políticas públicas. Neste ponto em particular, se destaca o papel das políticas públicas nas atividades normativas das agências reguladoras nacionais, que são responsáveis, no País, pela implementação e fiscalização de políticas públicas voltas a setores importantes, seja do ponto de vista do desenvolvimento social, seja do desenvolvimento econômico.

Desde a reforma do Estado, implementada durante os anos noventa, foram criadas diversas agências reguladoras como autarquias especiais, dotadas de instrumentos que lhe asseguram significativa autonomia, as quais assumiram o

---

<sup>36</sup> Artigo publicado originalmente nos Anais do Sociology of Law on the move 2016, no GT – Administração Pública e a Sociologia das Vulnerabilidades: Governança e Políticas Públicas. <[http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG\\_SYSTEM/26.pdf](http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/26.pdf)>.

poder-dever de, na forma das leis que as criaram, fazendo uso de equipe especializada, regular setores vitais para a sociedade.

Estas entidades foram criadas a partir do modelo norte-americano dos anos 30, fortemente centrado em ideias neoliberais de redução do Estado e de estímulo à sociedade a suas próprias iniciativas (SCHNEIDER, 2013, p. 27). Com o objetivo de proporcionar maior segurança aos investidores, especialmente aos internacionais, estas entidades foram concebidas para atuarem de forma altamente especializada e afastada da influência política, por isso instrumentadas para possuírem uma acentuada autonomia de modo que, embora sejam, no âmbito federal<sup>37</sup>, vinculadas a Ministérios do Governo Federal, não são subordinadas a estes, nem mesmo ao Chefe do Poder Executivo.

O exercício de suas competências deve se dar na forma das leis que as instituíram e de acordo com as políticas públicas voltadas aos setores que regulam. Neste ponto, percebe-se a relevância das políticas públicas ante o poder-dever das agências reguladoras, seja para limitar sua atuação, seja para impor determinadas ações. É sobre esse viés específico que se pretende desenvolver o presente trabalho, procurando analisar o papel das políticas públicas setoriais ante a competência normativa das agências reguladoras instituídas como entidades especializadas, sem a pretensão de esgotar as matérias, mas tão somente de provocar a reflexão e o debate sobre tema de grande importância em se tratando de gestão pública, de efetivação de direitos fundamentais e desenvolvimento social.

Na primeira parte, far-se-á uma breve síntese acerca do modelo regulatório adotado no Brasil e em que condições isso ocorreu, ou seja, o que conduziu a País à reforma do Estado e à criação das agências reguladoras setoriais, que passaram a assumir importante função, seja do ponto de vista social, seja do ponto de vista econômico. Na sequência, procurar-se-á discorrer sobre a competência normativa das agências reguladoras federais a partir da análise de alguns renomados juristas sobre o tema, e, ainda, sobre o papel das políticas públicas na concretização de direitos. Por fim, procurar-se-á abordar a questão das políticas públicas como instrumento de definição de metas, objetivos e programas voltados ao bem comum frente à atividade normativa das agências reguladoras, procurando aferir o que as políticas públicas representam frente à competência normativa das agências reguladoras federais.

## **2. O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO**

Na década de 80, em países como Inglaterra, na época sob o comando da Primeira Ministra Margareth Thatcher, as ideias neoliberais começam a ganhar força

---

<sup>37</sup> Este trabalho tem como objeto de estudo as agências reguladoras federais. Contudo, se faz necessário registrar que existem atualmente agências reguladoras estaduais, como por exemplo, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e municipais, como por exemplo, a Agência Municipal de Regulação de Públicos de Teresina – ARSETE.

dada às dificuldades financeiras de manutenção de um Estado Providência e se propagaram pelo mundo. O Brasil, que nem ao menos havia conseguido atingir a condição de Estado Providência, neste momento também se via em meio a uma crise fiscal de grande e avassaladora proporção.

Nos anos 90, a crise se havia agravado (MOTTA, 2003, p. 42). O governo estava desprovido de recursos para arcar com os investimentos prementes necessários, sem dispor nem mesmo do mínimo para a manutenção dos serviços públicos essenciais. Ante o descontentamento generalizado da sociedade, pressionada por instituições financeiras internacionais, tais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional deu início a um processo de reforma do Estado, implementado de forma mais significativa na segunda metade da década de 90, durante o governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (SCHNEIDER, 2013, p. 27).

Ante a implementação de uma reforma fortemente influenciada por ideias neoliberais, o Estado deixou de ter uma administração pública centralizada, de ser um prestador de serviços públicos e um agente econômico para transformar-se em um Estado Gestor e atuar por meio de uma administração pública descentralizada. Entre os anos de 1995 e 2002, inúmeras medidas foram adotadas com vista à transformação do Estado, incluindo Emendas à Constituição, aprovação de diversas leis, como a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e a criação de agências reguladoras voltadas a diversos setores.

As agências brasileiras foram concebidas a partir do modelo norte-americano de agências independentes, dotadas de importante grau de autonomia e corpo técnico especializado. A motivação expressada pelo governo à época para justificar estas mudanças girava em torno da necessidade de assegurar maior estabilidade econômica e elevar o grau de confiabilidade do mercado internacional, apontando como objetivo a atração de investimentos voltados, tanto à prestação de serviços públicos, quanto a setores econômicos eleitos como estratégicos para o desenvolvimento do País.

A opção brasileira pelo modelo de regulação por agências independentes, fortemente sustentadas no domínio da técnica, em que o termo independente significa autonomia, notadamente política, da entidade reguladora ante o governo, foi imposta por agentes internacionais, dentre eles o Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional – FMI, como condição a ser cumprida para viabilizar futuros financiamentos. Fernando Herren Aguillar, em sua obra Controle Social dos Serviços Públicos, cita trecho de um relatório do Banco Mundial dirigido ao setor elétrico (primeiro a ser regulado por agência no Brasil), no qual a regulação do setor é colocada como condição para financiamento:

Uma exigência para qualquer empréstimo no setor elétrico será um movimento explícito do país rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico e processos regulatórios satisfatórios para o Banco. Para este fim, em conjunção com outras iniciativas de âmbito econômico, o Banco exigirá dos países que estabeleçam processos regulatórios transparentes que sejam claramente independentes dos fornecedores de energia e que

evitem interferência governamental nas operações cotidianas da companhia (pouco importando se a empresa é privada ou pública).

O papel dual do governo como operador e titular de serviços públicos conduziu o governo a intervenções frequentes nas operações do setor elétrico. Há, portanto, necessariamente de se definir alguma forma de corpo regulatório como parte de um esforço governamental para redefinir os papéis respectivos do governo, concessionário e consumidores. Isso implica em uma mudança do tipo monolítico de gestão governamental, em direção a sistemas mais descentralizados e baseados no mercado. (WORLD BANK, 1993 apud AGUILLAR, 1999, p. 233-234)

Desta forma, as agências nacionais foram criadas para funcionarem como uma espécie de “blindagem institucional de um modelo, que resistisse até uma vitória de um partido de esquerda em eleição futura” (BINENBOJM, 2014, p. 287), assegurada sobretudo pela autonomia para o exercício de suas atividades, afastando a interferência política até mesmo do Presidente da República, tudo em nome da estabilidade econômica.

Para assegurar essa autonomia em face dos agentes políticos tais entidades foram constituídas na forma de autarquias especiais, com algumas particularidades como a independência dos seus dirigentes, os quais são nomeados pelo Presidente da República para o exercício do mandato intercalado, por prazo determinado e, em que pese, serem ocupantes de cargo em comissão, não podem ser destituídos do mandato, salvo mediante procedimento formal e decisão devidamente motivada (JUSTEN FILHO 2002, p. 460-472).

Além disso, existem outros elementos que somam no reforço da autonomia das reguladoras, que são: receita vinculada que assegura independência financeira; a não sujeição de suas decisões à interposição de recurso hierárquico ao Ministério a que estão vinculadas e, ainda, quadro de pessoal composto por especialistas que farão uso da técnica no exercício da regulação, entendida por alguns juristas, como Marçal Justen Filho (2002, p. 518), como discricionariedade técnica.

As agências, de modo geral, regulam setores complexos e, para tanto, lhes são atribuídas diversas competências que compreendem desde a competência normativa até a de fiscalização. Dos temas mais polêmicos e controvertidos sobre as agências reguladoras, e, ainda atual, diz respeito a competência normativa ou regulamentar propriamente dita.

### **3. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

Muitos renomados juristas já se debruçaram sobre a questão da competência normativa das reguladoras, divergindo em alguns pontos e convergindo em outros, ou melhor, convergindo no que é fundamental, ou seja, sobre a possibilidade jurídica do exercício da regulação por parte destas entidades, bem como acerca dos limites a que estão adstritas. Como apontado por Luís Roberto Barroso (2002, P. 223), o ponto central acerca do poder normativo das agências brasileiras é a sua (in)compatibilidade com o princípio constitucional da legalidade, cuja solução, na sua

concepção, passar por uma flexibilização legítima, situação em que a definição dos limites desta flexibilização é crucial.

Seguindo este raciocínio, como aponta Adriana Maurano (2006, p. 163), o princípio da legalidade deve ser interpretado conforme a constituição, o que significa reconhecer que o Poder Legislativo tem a competência geral para legislar, o que não inviabiliza a complementação do sentido da lei por “outras figuras normativas”. Ainda sobre o viés da atividade normativa das agências, frente ao princípio da legalidade e da separação dos poderes, importante trazer à baila argumento de Lais Calil (2006, p. 175), a qual sustenta que tais entidades possuem competência definida nas leis que as criam, cuja atuação tem limites impostos de forma hierárquica, o que significa além da conformação com as leis instituidoras devem observar os regulamentos presidenciais.

Ainda no que tange à conformidade legal, Marco Juruena Villela Souto (2006, p. 126-128) destaca a constitucionalidade da atividade reguladora, com amparo no art. 174 da Constituição Federal, a ser exercida na forma do art. 24, inciso I, também da Constituição Federal, negando a hipótese de se tratar de usurpação da função legislativa ou, ainda, de delegação de poderes, asseverando ser uma atividade administrativa que impõe, na visão do autor, além da conformidade com a lei, a consonância com os regulamentos do Poder Executivo.

Seguindo a linha de que inexistente usurpação de função, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo, Sérgio Guerra (2004, p. 42-43) afirma existir de fato um “poder-dever de exercer uma função normativa secundária”<sup>38</sup>, impondo-se a harmonia com as normas hierarquicamente superiores.

O Jurista Marçal Justen Filho (2002, p. 519), da mesma forma fala sobre a constitucionalidade da competência normativa das reguladoras com amparo no art. 84 da Constituição Federal, sustentando não ser competência privativa do Presidente da República, o que faculta à delegação às agências. Contudo, segundo o autor tem a natureza de competência normativa derivada, impondo “a necessidade de compatibilidade da norma administrativas com a norma legal no tocante a conteúdo, espírito e finalidade”, o que significa que o espaço de atuação é limitado nos termos da lei (JUSTEN FILHO, 2002, p. 517). No mesmo sentido, argumenta Leila Cuéllar (2001, p. 116-128), ao afirmar que as agências possuem competência regulamentar, a qual não é exclusiva do Poder Executivo. A autora ressalta a relevância de atenção às limitações impostas à atividade regulamentar destas entidades consubstanciados em: não inovação de forma absoluta, conformidade com a lei e o direito, respeito ao princípio da tipicidade, não restrição de liberdade, igualdade e propriedade ou alteração do estado de pessoas, bem como a não retroação.

Ainda no que concerne à legalidade, interessante trazer o entendimento de Egon Bockmann Moreira (2006, p. 190) para quem as reguladoras brasileiras

---

<sup>38</sup> O autor sustenta ser uma função normativa secundária, porque a função primária é competência do Poder Legislativo. (GUERRA, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 42-43).

produzem normas gerais e abstratas, semelhante ao regulamento autônomo esclarecendo que apenas se parecem com regulamentos autônomos já que este tipo de regulamento não existe no Brasil. Esse entendimento advém, segundo o autor, do fato de que o poder-dever das reguladoras, ao mesmo tempo em que deve estar de acordo com a lei, não se restringe a um simples regulamento executivo, mas sim, deve ser complementar às normas primárias.

De forma similar, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006, p. 283) destaca que não é caso de delegação legislativa porque não há renúncia de competência pelo legislador, o que impõe a interpretação do poder regulamentar destas entidades como “forma de delegação inominada” a ser exercida para implementar e/ou complementar o que o autor denomina leis-quadro, que são conceitos indeterminados por meio das quais o Poder Legislativo concede às agências a competência de “regulamentação complementar”.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 234) vislumbra uma competência mais aberta, sustentando ser caso de “deslegalização”, a ser entendida como um tipo de delegação para exercício por parte das agências de atividade técnica apartada da influência das autoridades políticas, tendo como limite apenas a não alteração, nem derrogação de leis. Por fim, importante trazer à luz, de forma sucinta, o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 288) para quem os atos regulatórios oriundos das agências reguladoras são atos administrativos “de execução” amparados no art. 84, IV, da Constituição Federal, por entender não se tratar de competência regulamentar exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Das referências supracitadas se pode extrair que existe, independente do enquadramento pontual que cada autor faz da competência normativa das agências reguladoras, determinado consenso de que, no exercício, desta competência devem ser observadas as formas e limites fixados pelas leis que as instituíram, assim como os fixados na forma de standards por outros diplomas legais, e ainda, pelas políticas públicas setoriais.

É atribuído às agências brasileiras a regulação notadamente em três campos, definidos por Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 27), como: regulação dos monopólios, regulação para a competição e regulação dos serviços públicos.

Desta breve síntese se pode extrair de antemão o potencial, a importância e a complexidade da atuação das reguladoras para a sociedade brasileira, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual, na forma do art. 2º da Lei nº 9.427/96, tem como finalidade a regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as políticas e diretrizes do governo e da Agência Nacional de Águas - ANA definida no art. 1º da Lei nº 9.984/00, como entidade de nível federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

#### 4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala sobre competência normativa das agências reguladoras, tanto no que tange à forma, quanto aos limites de atuação, especialmente naquilo que é imposto pelas políticas públicas, é preciso ter presente o fato de que, em geral, as políticas públicas estão relacionadas à promoção de direitos humanos, de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

É do texto constitucional que vem o dever de atuação vinculada à proteção e à promoção de direitos e garantias fundamentais imposto a todos os agentes públicos, de todas as esferas de poder, incluindo as agências reguladoras, as quais têm o poder-dever de agir na forma das leis que as instituíram e em consonância com o ordenamento jurídico.

No Estado Democrático de Direito existem elementos característicos do Estado de Direito, ou Estado Liberal, o qual foi concebido como forma de estabelecer alguns limites à monarquia absolutista, cujos traços principais estão no império da lei, na divisão dos poderes e nos direitos de liberdade. Também é permeado por elementos oriundos do Estado Providência, ou Estado Social, forte na garantia de direitos fundamentais, incluindo direitos sociais e regime político democrático, aspecto sobre o qual as políticas públicas são instrumentos essenciais para a efetivação destes direitos.

Com o advento das constituições rígidas, elevadas à condição de norma suprema, que abrigam em seus textos, como no caso da Constituição Federal brasileira de 1988, princípios, direitos e garantias fundamentais, impõe-se a todos os gestores públicos um agir conforme a constituição, o que significa um dever de proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional.

Ante essa elevação de direitos e garantias fundamentais ao texto constitucional, posto como norma suprema, o garantismo é trabalhado por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2015, p. 31) como um novo paradigma teórico geral, entendido como “o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos e a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais”.

A supremacia do texto constitucional e a vinculação dos atos de todo o Poder Público deve ser interpretada de forma ampla, ou seja, imposta a todas as esferas do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo. Ao discorrer especificamente sobre a vinculação dos atos normativos emitidos por todas as esferas e entidades do poder público, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 441) destaca que “a constituição aponta para a vinculação de todos os actos normativos através de direitos, liberdade e garantias. Incluem-se os actos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos) ”.

Na mesma linha, Clèmerson Merlin Clève (2003, p.292/293) sustenta que o termo vinculação tem a conotação ampla, no sentido de que todos os atos, de todos os agentes públicos, de forma indistinta, estão vinculados aos direitos fundamentais

assegurados na Constituição brasileira, a qual, “desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira”.

Os direitos fundamentais positivados na Constituição possuem, segundo juristas renomados como Canotilho<sup>39</sup> e Ingo Salet<sup>40</sup>, duas dimensões, a subjetiva e objetiva, onde, em apartada síntese, a dimensão subjetiva é aquela em que os direitos fundamentais são vistos em relação ao indivíduo, enquanto que a dimensão objetiva é aquela em os direitos fundamentais são relacionados aos objetivos da coletividade, da comunidade, do interesse público. (CANOTILHO, 2003, p. 1256).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado, além do dever de não agir consubstanciado no dever de não atuação negativa, também o dever de agir posto como dever de atuação positiva, voltada à implementação das políticas públicas destinadas à efetivação destes direitos, e por fim, inclui ainda, o dever de proteção destes direitos em face à conduta de particulares que inviabilizem ou prejudiquem a efetivação destes direitos. (SARLET, 2015, p. 197).

Os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, demandam atuação voltada à promoção destes direitos tutelares da dignidade humana, cenário em que as políticas públicas têm um papel fundamental. Como bem observa Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 143) as políticas públicas formam quadros normativos de conduta do Estado e por isso possuem caráter instrumental, e como tal, passam a funcionar como propulsoras do “cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais” tendo como “força motriz” o interesse coletivo.

Há relação direta entre concretização de alguns direitos fundamentais, especialmente os sociais, com políticas públicas. É o que destaca Patrícia Helena Massa Arzabe (2001, p. 32) segundo a qual a efetividade de determinados direitos fundamentais exigem atuação positiva do Estado, como os direitos sociais, está diretamente relacionada a implementação de políticas públicas, destacando que:

A ausência ou a insuficiência dos direitos sociais, como trabalho (renda), educação, saúde, moradia, alimentação, bem como a existência de circunstâncias e arranjos sociais que dificultam o acesso a esses direitos e à vida digna, criam sérios obstáculos ao exercício de todos os outros direitos humanos e fundamentais, das liberdades. Para que os direitos humanos não sejam violados, então, é necessária a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas para a realização desses direitos. (ARZABE, 2001, p. 32).

A relação existente entre direitos humanos e políticas públicas também é

---

<sup>39</sup> In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

<sup>40</sup> In SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

tema sobre o qual discorre Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 13) a qual considera que “uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos”, contexto em que as políticas públicas funcionam como instrumentos por meio do qual são condensadas as demandas relacionadas a objetivos comuns.

Ainda sobre a instrumentalização das políticas públicas, Augusto Martinez Perez Filho (2010, p. 219) esclarece que são programas e ações desenvolvidas pelo gestor público o qual, “lançando mão do arcabouço jurídico instrumental à sua disposição, busca desenvolver projetos e adotar medidas que visem ao atendimento das necessidades dos administrados”.

No que diz respeito pontualmente sobre a forma exterior das políticas públicas, como elucida Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 11), é preciso ter presente que elas podem ser encontradas em diversos e distintos instrumentos legais, como no próprio texto constitucional, em leis, em instrumentos normativos infralegais, inclusive em contratos, como no caso dos contratos de concessões de serviços públicos.

Uma vez definidas as políticas públicas, restam fixar metas a serem alcançadas, recursos disponibilizados, bem como os procedimentos definidos. Contudo, isso não esgota o dever do Estado, é preciso efetividade, o que impõe um dever de agir a toda a Administração Pública, de todas as esferas do Poder Público. (BUCCI, 2001, p. 13).

Glauco Martins Guerra (2003, p. 361), ao discorrer sobre a sistematização jurídica das políticas públicas proposta por Maria Paula Dallari Bucci<sup>41</sup> em sua Tese de Doutorado intitulada *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, diz vislumbrar, nas agências reguladoras, o potencial de formação de “instrumentos jurídicos de capacidade cogente” de implementação das políticas públicas setoriais, e ainda, de efetivação de programas, projetos, bem como ações voltadas à promoção do interesse público.

Como se vê, deve haver políticas públicas voltadas à proteção e promoção dos direitos e garantias constitucionais assegurados a todos os cidadãos, panorama em que as agências reguladoras brasileiras devem cumprir um papel de notória relevância. Com propriedade, Gustavo Binembojm (2014, p. 317) ressalta a importância das agências como instrumentos administrativos de gestão da defesa, proteção e promoção de direitos fundamentais, o que inclui as políticas públicas como instrumentos que imprime o dever de implementação e de fiscalização.

---

<sup>41</sup> O autor faz referência a Tese de Doutorado defendida por Maria Paula Dallari Bucci na Universidade de São Paulo, no ano de 2002, intitulada *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. In GUERRA, Glauco Martins. *Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação*. In DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

## 5. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER-DEVER DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já se abordou anteriormente, o Estado, ao se transformar em Regulador, deixou de atuar diretamente e passou a intervir na iniciativa privada como meio de obter um equilíbrio entre o liberalismo e o Estado Social, contexto em que, de forma indireta, procura assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal. (MARTINS, 2010, p. 120-122).

Atribuir às agências competência regulamentar foi o instrumento eleito para assegurar esse resultado, as quais possuem o poder-dever de, por meio de uma gestão especializada, agir com vista à promoção de políticas públicas, e ainda, de proteção, observando, inclusive, para que seus próprios atos regulatórios não interfiram de forma negativa nos processos de implementação de políticas públicas, como por exemplo, a definição de tarifas de serviços públicos desconsiderando a política pública de tarifas módicas e universalização.

Em se tratando de atividade reguladora, gestão especializada significa a sobreposição dos conhecimentos técnicos (atividade de especialistas) sobre questões de ordem política, o que inflige às reguladoras um espaço preestabelecido para o exercício de suas atividades. Esta delimitação de espaço se dá por meio de standards definidos em lei<sup>42</sup> e pelas políticas públicas, o que está longe de ser um espaço pequeno e de pouca relevância. Ao contrário, a gestão de setores chave da economia e de serviços públicos essenciais é atualmente (desde meados da década de 90) atribuída a estas entidades tidas como “independentes”.

O órgão regulador deverá ter sempre presente, no exercício de sua atividade, incluindo a regulamentação de caráter complementar, as políticas públicas relacionadas ao setor que regula. Neste ínterim, relevante trazer reflexão proposta por Leonel Pires Ohlweiler (2007, p. 270) ao discorrer sobre políticas públicas, o qual destaca a importância de que sejam políticas sérias, com potencial de conduzir “os cidadãos para uma instância de autonomização, na qual eles possam acontecer como cidadãos, com-os-outros-cidadãos e na sociedade democrática”.

Quando se pensa em política pública como instrumento de autonomização dos indivíduos num Estado gestor, que deixou de atuar de forma direta e passou à condição de regulador, onde o exercício da regulação se dá por meio de entidades detentoras de autonomia reforçada, de pronto se vislumbra a importância de processos sérios de definição de políticas públicas que serão balizadoras do agir das agências e, por óbvio, funcionarão como orientadoras e estipuladoras do dever de agir, que pode ser voltado à promoção e/ou à proteção.

Como bem argumentado por Maria Paula (2001, p. 13), até aquelas políticas

---

<sup>42</sup> Na interpretação de Alexandre Santos de Aragão as leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras “possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidade e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com maior autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439).

públicas, que não guardam relação direta com a efetivação de direitos humanos, devem ser vistas como políticas sociais, como por exemplo, algumas políticas setoriais como as do setor de energia elétrica, as quais não parecem estar diretamente relacionadas com os direitos humanos, mas que guardam “um componente finalístico” que, no exemplo em questão, consiste no fornecimento de energia elétrica como meio essencial para garantir a dignidade humana.

Mesmo os direitos fundamentais, que a princípio parecem impor ao Estado apenas a abstenção (não agir), como, por exemplo, o direito de livre locomoção (ir e vir), o qual exigiria, em tese, apenas a ação do titular do direito, por vezes, a sua efetividade carece da atuação do Poder Público e da definição de políticas públicas, como a promoção de transporte público coletivo acessível, considerando, neste aspecto, disponibilidade e custo da tarifa. (CLÈVE, 2006, p. 02).

Tanto as políticas públicas do setor elétrico quanto as do transporte público são exemplos, dentre tantas outras, de políticas cuja implementação e fiscalização são atribuídas, se não na integralidade, ao menos em grande parte, às agências reguladoras do setor, ou seja, Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT, respectivamente.

A efetividade de algumas políticas públicas de extrema relevância para o desenvolvimento social, diretamente relacionadas à dignidade humana, depende da atividade reguladora das agências, como por exemplo, os serviços públicos que foram privatizados sob o argumento de que o Estado atuaria como gestor e asseguraria, por exemplo, a universalização, como no caso do fornecimento de energia elétrica, cujas políticas públicas de grande relevância, notadamente a de universalização do acesso e do uso de energia, é atividade da alçada da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual é diretamente responsável pela implementação e fiscalização, ou seja, pela efetividade desta política.

O dinamismo das políticas públicas é uma de suas particularidades a qual conduz a se vislumbrar no poder normativo das agências, um importante instrumento para implementação das políticas afetas às suas áreas de regulação, isso porque, em regra, estas entidades dispõem de estrutura e pessoal especializado, em tese, amplamente capacitados para o exercício de uma atividade reguladora eficiente (MARTINS, 2010, p. 135). Vale registrar que a necessidade de uma gestão eficiente, capaz de exercer a atividade de regulação em uma sociedade complexa e dinâmica, em que as necessidades são múltiplas e por vezes até divergentes, justificou, em parte, a constituição das reguladoras como entidades detentoras de corpo técnico especializado.

Outro aspecto importante a ser considerado é que ao transferir a implementação de políticas públicas às agências, o governo tem a possibilidade de desonerar-se dos custos, se não totalmente ao menos parcialmente, porque pode passar os custos referentes à implementação e manutenção das políticas públicas, como por exemplo, dos serviços públicos aos concessionários ou permissionários.

Um exemplo que ilustra bem, tanto a questão do custeio, quanto da atuação normativa da reguladora, é a política pública de universalização de serviço público de energia elétrica que teve início com a Lei n.º 10.438/2002, cujas metas

estabelecidas, em síntese, eram voltadas ao acesso de população urbana e rural à energia elétrica, sendo que as despesas eram atribuídas, na forma do art. 14, às concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica. Ocorre que, em 2003, houve o Poder Executivo fazer alterações nesta política ao lançar o Programa Luz para Todos, por meio do Decreto 4.873, cujas condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização foram fixadas pela Resolução Normativa 223/2003 da ANEEL. O Programa, que continha metas mais ambiciosas, passou a contar com diversas fontes de recursos como: as oriundas de fundos setoriais de energia para a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e da Reserva Global de Reversão (RGR), de governos estaduais e de distribuidoras de energia<sup>43</sup>.

A instituição das agências dotadas de autonomia reforçada para exercerem a regulação de diversos setores no País não exclui a legitimidade do governo eleito de definir políticas públicas e o dever da reguladora de agir conforme estas políticas. Sobre esse ponto em especial, Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 92) ressalta com propriedade que as agências não são “instância institucional de definição de políticas”, são entidades incumbidas da efetivação, de modo que sua liberdade de atuação, ou melhor, a sua discricionariedade é circunscrita pelos objetos, diretrizes, programas e tudo o mais que é fixado por meio políticas públicas, sem possibilidade de alteração destas políticas ou mesmo de descumprimento.

Conforme oportunamente apontado por Fernando Quadros da Silva (2014, p. 91 e 96), a inércia regulatória das agências na implementação de políticas públicas pode conduzir à judicialização e até mesmo à responsabilização do agente público. Um exemplo que o autor traz são as ações judiciais que têm como objeto o direito dos idosos a tarifas reduzidas no transporte coletivo interestadual, ante as quais o STJ já firmou posicionamento sobre a reserva de ao menos duas vagas gratuitas, por ônibus, a serem destinadas a pessoas idosas cuja renda seja igual ou inferior a dois salários mínimos, e ainda, no caso da demanda exceder o número de duas vagas, assegurar a todos os demais idosos, com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, o desconto de no mínimo 50% do valor da passagem.

Nestas ações como, por exemplo, no REsp 1054390/DF<sup>44</sup>, em que é recorrida a Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT e recorrente uma prestadora de serviços de transporte intermunicipal a qual argumenta que o benefício de transporte gratuito para idosos só pode ser exigido após a criação da fonte de custeio ante ao que a Ministra Relatora Denise Arruda aponta diplomas legais e Resolução Normativa da Agência Reguladora (Resolução 1.692/2006- ANTT) que regulamenta a matéria, conduzindo ao julgamento por unanimidade no sentido de negar

---

<sup>43</sup> Consta no sítio do Ministério de Minas e Energia informações sobre o Programa Luz para Todos, dentre as quais dados referentes ao custeio do Programa, de onde se destaca que “os investimentos chegam a R\$ 22,7 bilhões. Desses R\$ 16,8 bilhões são recursos do Governo Federal”. Disponível em: <[https://www.mme.gov.br/luzparatodos/Asp/o\\_programa.asp](https://www.mme.gov.br/luzparatodos/Asp/o_programa.asp)>. Acesso em: 24 mai. 2016.

<sup>44</sup> Recurso Especial Nº 1.054.390 - DF (2008/0097844-6) Relatora: Ministra Denise Arruda. Recorrente: Rápido Marajo Ltda Recorrido : Agência Nacional De Transportes Terrestres – ANTT Recorrido : União. Julgamento em 19/11/2009.

provimento ao recurso interposto.

Como resta evidenciado pelo exemplo exposto, o ato administrativo normativo da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT foi elemento reconhecido como fundamental na efetivação do direito do idoso consagrado em lei, em absoluta consonância com o texto constitucional com os direitos humanos, o que por si demonstra não só o potencial, mas, acima de tudo, a importância dos atos normativos das reguladoras para a efetividade de políticas públicas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fato de as agências reguladoras brasileiras terem sido constituídas num momento em que foram reduzidas as atividades estatais diretas e concebidas como entidades detentoras de autonomia reforçada, altamente especializada, não as isenta de todas as responsabilidades atribuídas ao gestor público, especialmente aquelas afetas a direitos fundamentais, direitos sociais, consagrados no texto constitucional e objeto de políticas públicas.

Não são entidades independentes para o exercício de suas atividades pautadas exclusivamente em parâmetros técnicos e de mercado. Seu agir é delimitado por standards legais e pelas políticas públicas. Pode-se dizer, inclusive, que a existência das reguladoras está substancialmente relacionada com as demandas de um Estado Social, devendo manter o equilíbrio entre a liberdade do mercado e as necessidades da sociedade, não fosse assim não haveria necessidade de constituição de agências, já que, de acordo com o conceito básico do liberalismo, o mercado é capaz de regular-se sozinho.

A atividade normativa das agências reguladoras tem o potencial de interferir diretamente na vida dos indivíduos, bem como de comunidades e, até mesmo, de toda a sociedade. A exemplo disso, basta considerar o setor elétrico brasileiro regulado pela ANEEL, os recursos hídricos regulados pela ANA, o transporte coletivo regulado pela ANTT. Com maior ou menor potencial, todas as agências reguladoras possuem um papel de grande relevância na implementação de políticas públicas.

Regular mercados competitivos e prestação de serviços entregues à iniciativa privada frente a políticas públicas que têm como objetivo assegurar, por exemplo, a efetividade de direitos sociais. Impõe às reguladoras o exercício do poder-dever de editar atos normativos complementares de forma comprometida e eficiente, onde eficiência significa regulação equilibrada que assegure a implementação e/ou proteção destas políticas.

O dever das reguladoras imposto pelas políticas públicas compreende tanto a promoção, quanto proteção, ou seja, sua atuação especializada, pautada pela técnica deve ser voltada à efetivação das políticas públicas, o que por vez pode até mesmo significar uma redução da discricionariedade. O fato é que a sua competência deve ser exercida de forma a dar efetividade às políticas públicas, o que incluiu aferir se é necessária a promoção ou a proteção, ou ainda, a promoção e a proteção.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas in BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. 60p. Cadernos Pólis, 2 Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n.56, 2002.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Resolução Normativa nº 223/2003**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. ANTT. **Resolução Normativa n.1692/2006**. Disponível em: <[http://www.mppe.mp.br/siteantigo/siteantigo.mppe.mp.br/uploads/KWux7F8dbFWDxSrx7MAujA/HbY3wFhWdQ25tIL6JTqAHQ/DOE\\_-\\_MPPE-22-06-2013.pdf](http://www.mppe.mp.br/siteantigo/siteantigo.mppe.mp.br/uploads/KWux7F8dbFWDxSrx7MAujA/HbY3wFhWdQ25tIL6JTqAHQ/DOE_-_MPPE-22-06-2013.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em 18 mai. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm)>. Acesso em 18 mai. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.438/2002**. Cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dentre outras disposições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm)>. Acesso em 24 mai. 2016.

BRASIL, **DECRETO 4.873/2003**. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica. Disponível em: <Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica>. Acesso em 24 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.054.390 - DF** (2008/0097844-6) Recorrente: Rápido Marajo Ltda Recorrido: Agência Nacional De Transportes Terrestres – ANTT Recorrido: União. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília. Julgamento em 19/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=passagem+e+idoso&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em 24 mai. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2 disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIL, Laís. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **As Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54, p. 28-39, 2006.  
<<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3, p. 289-300, 2003.  
<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf> > Acesso em 24 abr. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Controle judicial de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2005.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARATINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras como Instrumento de Implementação de Políticas Públicas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) do Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade Federal do Ceará Faculdade de Direito, Fortaleza, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAURANO, Adriana. **A Função Normativa das Agências Reguladoras no Brasil e o Princípio da Legalidade**. São Paulo: Scortecci, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras in ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

OHLWEILER, Leonel Pires. A Construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. **Verba Juris**, ano 6, nº 6, jan./dez. 2007. Disponível em:

<<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14868/8423>>. Acesso em 25 mar. 2016.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Políticas Públicas e Agências Reguladoras. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, A. 14 n. 20, p. 01-348, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Luciana/Downloads/252-921-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

SCHNEIDER, Yuri. **Agências reguladoras e democracia: a necessária aplicação do modelo de democracia cooperativa reflexiva do conhecimento para legitimação de sua atuação.** 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

SILVA, Fernando Quadros da. Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT. In Freitas, Vladimir Passos de, SILVA, Fernando Quadros da (Coor.) **Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: teoria e prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUTO, Marco Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VALLE, Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

**ABSTRACT:** In this study, which adopts the bibliographic research methodology, will be analyzed some aspects of the normative authority-duty of the Brazilian regulatory agencies, outlined by legal standards and the public policies that guide and delimit the exercise of its activities. Through public policies, objectives, programs and targets are defined, as a rule aimed at the realization of fundamental rights, parameters that must be observed by the regulatory agencies in the performance of their activities, which often depend on the effectiveness of these policies since many Brazilian public policies are directed to regulated sectors and depend on regulation of the agencies either in the sense of promotion or in the sense of protection.

**KEYWORDS:** Regulatory Agencies; Normative Power; Public policies.

## **CAPÍTULO XX**

### **OS GARIS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS: PROCESSO DE EXCLUSÃO E INVISIBILIDADE SOCIAL SOB A PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA**

---

**José Manfroí  
Gabriela Oshiro Reynaldo  
Nicolas Addor**

## OS GARIS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS: PROCESSO DE EXCLUSÃO E INVISIBILIDADE SOCIAL SOB A PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA

**José Manfroi**

Universidade Católica Dom Bosco, Pós-graduação em Desenvolvimento local  
Campo Grande – Mato Grosso do Sul

**Gabriela Oshiro Reynaldo**

Universidade Católica Dom Bosco, Pós-graduação em Desenvolvimento local  
Campo Grande – Mato Grosso do Sul

**Nicolas Addor**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Escola de Direito  
Curitiba - Paraná

**RESUMO:** Muitos são os grupos que sofrem com a exclusão e a invisibilidade social na sociedade contemporânea, sendo que são múltiplas as facetas desses processos, principalmente no contexto urbano. Ante esse cenário, o presente escrito teve por intenção analisar as condições que se encontram os garis na cidade de Campo Grande - MS. Esses atores sociais, diariamente, estão presentes nas diversas situações do cotidiano das cidades. No entanto, por ser o lixo seu objeto de trabalho, muitas pessoas os “desqualificam” ou mesmo “ignoram”, agravando a invisibilidade social. Visando atingir o objetivo deste estudo, após a fundamentação teórica sobre a dialética inclusão/exclusão e a invisibilidade social, foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com os garis de varrição e de coleta seletiva, para fins de análise qualitativa da realidade vivenciada por esses trabalhadores nas ruas do município em estudo. Após tais procedimentos metodológicos e adotando uma perspectiva sócio-jurídica, compreende-se que a profissão gari, informalmente chamada de “lixeiro”, associa imediatamente o sujeito que desempenha tal função, ao lixo, aquilo que não serve mais para a sociedade, o refugo, a sujeira. Desse modo, preconceitos, discriminações e valores negativos são atribuídos a essas pessoas, que dia após dia, tornam-se seres invisíveis, ‘integrados’, porém, não incluídos. De um modo geral, verificou-se que cotidianamente cenas de preconceito e discriminação são vivenciadas por esses atores, que quase nunca encontram oportunidades de ascensão social e vida digna, cabendo à ciência jurídica um olhar mais detido sobre a questão da invisibilidade social que assombra o grupo em foco de estudo: os garis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garis; Inclusão Social; Campo Grande - MS; Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

Muitos são os grupos que sofrem com a exclusão e a invisibilidade social na sociedade contemporânea, sendo que são múltiplas as facetas desses processos ora mencionados. Sobretudo, em um país marcado por problemas estruturais, por uma desigualdade sócio espacial significativa e elevadas disparidades internas. Percebe-se, de um modo geral, que o modelo de cidade vigente acirra todos os tipos de desigualdades. A exclusão se tornou tão presente nos diversos “cotidianos” que

acabamos por aceita-la como um fenômeno natural, contribuindo para seu repetitivo ciclo de reprodução (WANDERLEY, 2011).

Para realização desta pesquisa, é necessário ressaltar que os garis, sejam varredores de rua ou de coleta seletiva, sofrem diariamente com a invisibilidade social, causada pelo exercício de sua profissão. Por invisibilidade social entende-se que é um conceito utilizado amplamente, mas que em suma refere-se àquelas pessoas invisíveis aos olhos da sociedade, através da humilhação, preconceito, discriminação, desprezo, exclusão, dentre outros, que apontam para os grupos que vivem à margem da sociedade. (PORTO, s/d.). O comportamento gerado pela exclusão pode ser intensificado por atitudes de ordem social e de ordem individual. No caso dos garis, escritos científicos apontam para a primeira opção. Nas palavras de Sawaia (2011), a exclusão é um

[...] processo complexo e multifacetado, uma configuração de dimensões materiais, políticas, relacionais e subjetivas. É processo sutil e dialético, pois só existe em relação à inclusão como parte constitutiva dela. Não é uma coisa ou um estado, é processo que envolve o homem por inteiro e suas relações com os outros. (SAWAIA, 2011, p. 09).

Certamente, a ciência jurídica pode e deve contribuir para o processo de inclusão social, seja através de sugestões para implementação de políticas públicas ou pela criação de leis que atentem para as minorias. E, ainda, pela educação em Direitos Humanos. Pois, “[...], sempre deve ser tomada a referência de que a ciência é, também, o uso que se faz dela” (HISSA, s.d., p. 36).

É cabível reforçar que “A investigação científica se desenvolve, [...], porque há a necessidade de construir e testar uma possível resposta ou solução para um problema decorrente de algum fato [...]” (MARQUES, Heitor et al, 2014, p. 45)”. Nesta pesquisa, adotou-se razões de ordem intelectual e prática (GIL, 2002). A primeira de ordem intelectual, pois são poucos os escritos que se referem diretamente aos garis em Campo Grande - MS. O segundo, de ordem prática, ou seja, a partir da fundamentação teórica, e da análise das entrevistas, a possibilidade de propostas de inclusão social e valorização do trabalho dos garis no município em questão.

Em um primeiro momento, a pesquisa pautou-se em teóricos conceituados no âmbito de estudos sobre a invisibilidade social, a exclusão, e processos de inclusão social. Nota-se que a hipótese inicial para desenvolver a problemática desse estudo, se foca na exclusão já constatada que sofrem esse grupo (os garis). Assim sendo, antes de adentrar, de fato, no grupo estudado, é pertinente compreender como a exclusão e a invisibilidade social estão postuladas no tempo atual.

## **2. ABORDAGEM CONCEITUAL EM DIREITOS HUMANOS, INVISIBILIDADE E EXCLUSÃO/INCLUSÃO SOCIAL**

No que tange o fenômeno exclusão, um teórico que corrobora para a discussão da temática, é Michel Foucault. Ele concebe a ideia de exclusão como um

processo dialético, sendo que, nesse contexto, a inclusão emerge como uma “disciplinarização dos excluídos”, ou seja, seria um mecanismo para manter a ordem na desigualdade social. Desse modo, Foucault relaciona de forma consistente os fenômenos de desigualdade e exclusão social, tendo em vista que a última está intimamente ligada à luta pelo poder.

Mais recentemente, a partir da perspectiva foucaultiana e da dialética marxista, a socióloga Bader Sawaia tem contribuído para a análise da exclusão na sociedade contemporânea. Tal autora entende que a

A dialética inclusão/exclusão gesta subjetividades específicas que vão desde o sentir-se incluído até o sentir-se discriminado ou revoltado. Essas subjetividades não podem ser explicadas unicamente pela determinação econômica, elas determinam e são determinadas por formas diferenciadas de legitimação social e individual, e manifestam-se no cotidiano como identidade, sociabilidade, afetividade, consciência e inconsciência. (SAWAIA, 2011, p. 09).

Ao passo que esse quadro de exclusão e desigualdade se intensifica, a chamada “invisibilidade social” não passa despercebida aos olhos das ciências sociais, haja vista que no caso dos garis, por exemplo, essa invisibilidade é uma constante nos seus diversos cotidianos. Nas palavras de Costa (2008) consiste em uma espécie de ‘cegueira psicossocial’. É baseada em

[...] motivações psicossociais, por antagonismos de classe mais ou menos conscientes. É cegueira psicossocial, parece ser tanto mais automatizada quanto menor for o sentimento de comunidade que o cego tenha com o indivíduo que não foi visto. [...] (COSTA, 2008, p. 376).

Para Rousseau (1989) existem dois tipos de desigualdades: a física ou natural, isto é, aquela que leva em conta fatores como idade, condições de saúde, dentre outros; e a desigualdade moral e política, convencionada pela maioria da sociedade. O gari sofre a desigualdade moral, haja vista que apesar de exercer uma função (profissão) para o bem comum, é inferiorizado por esses mesmos que praticam tal desigualdade social.

**Imagem 01.** Trabalho dos garis de coleta seletiva.



**Fonte:** CORREIO DO ESTADO (2014)

Disponível em <<http://www.correiodoestado.com.br/noticias/sem-receber-solurb-cogita-paralisar-coleta-de-lixo-em-campo-grande/188073/>>

Em convergência com esse pensamento, Urquiza e Banducci Jr. (2013), reforçam que “a desigualdade não é natural, ao contrário, ela é social e historicamente ‘naturalizada’, para justificar o processo de construção/constituição desses sujeitos sociais desiguais. [...]” (URQUIZA; BANDUCCI JR; 2013, p. 197). Assim, neste trabalho, entende-se que a sociedade de hoje é reflexo de antagonismos e tensões históricas, que perduram e se reforçam através de discursos preconceituosos, quase sempre propagados pela mídia – “a fábula da globalização” (SANTOS, 2012).

Sob uma perspectiva histórica acerca da figura do gari, Eliane Belo (2009) analisa que

Em relação ao Brasil, foi no final do período colonial que o lixo passou a ser associado à idéia de sujeira e, nas pessoas, passou a despertar sensações desagradáveis. Desde então, teve início uma prática que consistia em nomear alguém para limpar a sujeira dos outros, função que, naquela época, cabia aos escravos. Com o fim da escravidão, essa tarefa passou a ser desempenhada pelas mulheres, em casa, ou por empregados encarregados dos serviços gerais. Posteriormente, surgiu o trabalhador específico para executá-la: o gari. (BELO, 2009, p. 57).

Sabe-se que, diariamente, os conceitos de preconceito e discriminação são confundidos e/ou utilizados de maneira errada. Preconceito é algo que todas as pessoas têm ou podem ter, ou seja, cada pessoa possui uma maneira de ver o mundo, não sendo obrigada a aceitar tudo que lhe é imposto. Já a discriminação é a materialização do preconceito, todo tipo de discriminação é crime. No caso dos garis, sejam varredores ou atuantes na coleta seletiva, sofrem os dois, pois, ao mesmo tempo em que certos indivíduos olham de maneira preconceituosa, outros até mesmo agredem verbalmente tais trabalhadores, conforme narrado em entrevistas. Seguem algumas falas dos entrevistados:

Tem muita gente que não gosta da gente. Acha a 'gente fedido', chama de 'lixieirinha'.

Já aconteceu de um dono de restaurante mandar dois amigos nossos (garis) se levantar da mesa, porque eles estavam de uniforme [...].

Muito difícil quem para pra dar um 'boa noite' pra nós. Mas tem gente que quando para pra falar, é muito educado.

Assim, compreende-se que a profissão Gari, informalmente chamada de "lixeiro", associa imediatamente o sujeito que desempenha tal função, ao lixo, aquilo que não serve mais para a sociedade, o refugo, a sujeira.

Como se pode deduzir, a responsabilidade pela realização dessa tarefa foi historicamente delegada a classes estigmatizadas. Estudos mais recentes sobre o tema reportam-se ao trabalho dos garis como [...] atividades cronicamente reservadas a uma classe de homens subproletarizados; homens que se tornam condenados ao rebaixamento social (COSTA, 2002, p. 14 apud BELO, 2009, p.57).

Desse modo, preconceitos, discriminações e valores negativos são atribuídos a essas pessoas, que dia após dia, tornam-se seres invisíveis, 'integrados', porém, não incluídos. Nessa conjuntura, nota-se que a invisibilidade pública

[...] forma-se entre 'cegos superiores' e 'subalternos invisíveis'. No cego, representa obliteração na comunicação com cidadãos rebaixados, representa interdição de nossa sensibilidade à revelação de outrem como revelação de alguém. Insensatez, ignorância e indelicadeza. O sujeito cegado comporta-se com ignorada impolidez ou com indiferentes; passa neutro pelos pobres, como quem passa por objetos, por obstáculos, ou o faz presunçosamente e sem perturbação. Qualquer que seja o caso, resiste aos poderes da presença de um outro humano quando se trata de um outro 'abaixo': incorre em negação automática ou arrogante da humanidade dos pobres. Não visita o subalterno com seu olhar; e desvia ou recusa o olhar dele, não permite que o olhar do outro o visite. [...] (COSTA, 2008, p. 376).

Em tal sentido, Pedro Demo (1998, p. 18), manifesta a ideia que, "O sistema capitalista conseguiu, apesar de suas propensões anti-sociais notórias, contribuir para a integração social, oferecendo emprego e a condição de assalariado para parte expressiva da população ativa". Observa-se que uma das características mais determinantes do sistema vigente: excluir para incluir. Em outras palavras, é uma suposta "integração" que não leva em consideração as condições mínimas de vida do trabalhador, desvalorizando sua capacidade de produção e alienando o indivíduo.

### **3. ENTRE DILEMAS E A NÃO VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DO GARI: UM OLHAR SOB O PRISMA SÓCIO-JURÍDICO**

No que tange a ótica jurídica, no ano de 2012, A Comissão de Trabalho, de

Administração e Serviço Público aprovou, a proposta que estabelece carga de trabalho de seis horas diárias e 36 semanais para garis e motoristas de veículos coletores de lixo. Sabe-se que a Portaria/MTE nº 3.214/78, NR 15, anexo 14, assegura o adicional de insalubridade, no grau máximo, para o trabalho exercido em contato permanente com lixo urbano (coleta e industrialização).

O contato com o lixo urbano foi o critério qualitativo adotado legalmente para a concessão do adicional de insalubridade, em grau máximo, aos trabalhadores. O anexo 14, da NR 15, da Portaria nº 3.214/1978 do MTE não distingue o lixo coletado pelos garis que trabalham em caminhões e usinas de processamento daquele proveniente da varrição de rua. Apreciando o pedido de uma gari ao adicional de insalubridade em grau máximo, a juíza Carla Cristina de Paula Gomes, em sua atuação na 2ª Vara do Trabalho de Passos, deu razão à trabalhadora. (JUSBRASIL, 2014).

Todavia, surge uma peculiar divergência: esse adicional se aplica somente aos coletores ou também aos varredores? Conforme divulgado no site JurisWay (2015), três foram os casos de divergências acerca da insalubridade, constatados nos Tribunais do Estado de Minas Gerais. Seguem as decisões:

- a) **Caso 1: Não há distinção entre lixo recolhido na varrição e o que vai nos caminhões;**
- b) **Caso 2: Insalubridade por agentes biológicos é inerente à coleta de lixo urbano;**
- c) **Caso 3: Insalubridade em grau máximo só em caso de coleta e industrialização de lixo urbano;**

Dessa forma, percebe-se que cada Juiz proferirá seu entendimento diante do caso concreto, visando a dignidade da pessoa humana e uma importante decisão foi a da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que

[...] reconheceu o direito de um coletor de lixo de ser indenizado por danos materiais, na forma de pensão, pela perda da visão do olho direito após ter contraído toxoplasmose. O TST determinou o retorno do processo à 5ª Vara do Trabalho de Vitória (ES), que arbitrará o valor e a forma de pagamento (JURISWAY, 2015).

Os garis da cidade do Rio de Janeiro ganharam destaque nacional, quando em fevereiro 2014 (logo após o carnaval) desencadearam uma greve reivindicando reajustes salarial de 49% (G1, 2014). No entanto, a prefeitura considerou ilegal o movimento grevista. Após várias negociações e impasses em oito dias de greve, ficou decidido que,

Com o acordo, os garis passam de salário base de R\$ 802,57 para R\$ 1.100, um aumento de 37%. E o tíquete alimentação, que estava em R\$ 12, teve elevação de 66% e ficará agora em R\$ 20. Os garis também recebem insalubridade de 40%, o que representa um salário final de R\$ 1.540. (UOL, 2014).

No cenário nacional, atualmente, as mulheres têm se inserido no mercado de trabalho como garis, em Vitória, no Espírito Santo. Em 2012 eram 40 mulheres no total de 660 trabalhadores do ramo (PREFEITURA DE VITÓRIA, 2012). Nesse mesmo ano,

A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público aprovou, na quarta-feira (4), proposta que estabelece carga de trabalho de seis horas diárias e 36 semanais para garis e motoristas de veículos coletores de lixo. O texto aprovado é o substitutivo do relator, deputado Assis Melo (PCdoB-RS), ao Projeto de Lei 1590/11, do deputado Roberto Santiago (PSD-SP) [...] (CAMARA NOTÍCIAS, 2012).

Em Campo Grande/MS, as mulheres colaboram somente na varrição das ruas. Conforme dados da concessionária Solurb - Soluções Ambientais, são 57 colaboradoras (ver tabela 02) atuando, principalmente, na porção central da cidade.

Tabela 01. Faixa Etária dos Garis de varrição.

IDADE		
ACIMA	ATÉ	PERCENTUAL
00	14	000,000
14	18	000,000
18	21	001,32
21	25	003,16
25	30	006,05
30	40	028,68
40	50	026,84
50	60	025,79
60	65	007,63
65	+	000,53

Quantidade de varredores  
Masculino: 309  
Feminino: 57  
Total: 366

Fonte: SOLURB (2016)

Elaborada por: OSHIRO REYNALDO, G. (2016).

Compreendendo a importância do trabalho do Gari e sua “invisibilidade social”, cabe analisar sob a ótica sócio-jurídica a situação local, ou seja, qual a realidade vivenciada por esses atores no município de Campo Grande/MS. Em uma breve contextualização dos últimos fatos ocorridos em Campo Grande/MS, verifica-se que no ano de 2008, os garis chegaram a planejar uma greve para fins de reajuste salarial. Mas, em uma reunião no Tribunal Regional do Trabalho, um dia antes da paralisação, conciliaram-se as partes (CAMPO GRANDE NEWS, 2008).

Desse modo, foi acompanhada através da mídia local e nacional, a greve dos garis, no mês de setembro de 2015, na cidade de Campo Grande/MS (ver figura 3). Dentre os motivos, verifica-se a instabilidade política na prefeitura da capital, pois, segundo informações da Soluções Ambientais – Solurb, empresa de coleta de lixo da cidade, não houve o repasse de verba, o que acarretou o atraso do salário dos funcionários da concessionária, referente ao mês de agosto. Ainda, o G1 noticiou que havia um reajuste atrasado há mais de 14 meses, fato que só dificultou as

negociações e contribuiu para o movimento de greve.

Figura 02. Mobilização dos Garis em frente à empresa



Fonte: TV MORENA (2015).

Disponível em <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/10/coleta-de-lixo-e-suspensa-por-falta-de-combustivel-em-campo-grande.html>> Acesso em 20 out 2015.

Foram 90 dias sem receber o salário. Nesse período, os trabalhadores fizeram greve duas vezes, uma no início do mês de setembro e outra em outubro, sendo que a segunda foi motivada, também, pela falta de combustível para abastecer os caminhões e demais veículos da empresa. Logo, o cenário da cidade modificou-se (ver figuras 4 e 5). Uma ‘montanha’ de resíduos podia ser vista pelas ruas de Campo Grande, bem como o mau cheiro.

Figura 03. ‘Montanha’ de lixo em frente ao Fórum de Campo Grande.



Fonte: G1 – MS (2015).

Disponível em <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/09/montanhas-de-lixo-e-mau-cheiro-tomam-conta-de-campo-grande.html>> Acesso em 09 out. 2015.

Depois de dias de greve, muitos transtornos com o lixo produzido e não recolhido, houve decisão judicial bloqueando 20 milhões de reais da Prefeitura Municipal de Campo Grande para o devido pagamento à empresa Solurb. Somente no dia 17 de outubro de 2015, que as atividades de coleta e varrição foram retomadas. Denota-se a importância social do trabalho do gari, uma vez que com a

falta dos serviços prestados, a cidade transforma-se em um ‘caos’, com lixo e mau cheiro, desde a periferia até os ditos bairros ‘nobres’, o que evidencia que todos, ricos e pobres, dependem do trabalho do Gari.

Figura 04. Garis de varrição no centro de Campo Grande – MS.



Fonte: OSHIRO REYNALDO (2016).

Então, se esse trabalho é essencial para a saúde pública e ao bem estar social, por que não valorizar e respeitar quem desempenha essa atividade? Nas entrevistas com os garis, percebe-se que eles compreendem a importância de seu trabalho, porém, usando das palavras de uma das entrevistadas, entende-se que o desprezo e a indiferença fazem parte do cotidiano, uma vez que “[...] o povo não reconhece o nosso trabalho, só quando a gente para e o lixo incomoda, é que eles percebem que a gente existe. [...]” (C. B. S., 43 anos, gari de varrição).

Por esse prisma, é reforçada a necessidade do desenvolvimento de pesquisas que atentem para as minorias, haja vista que

[...], conhecer o sofrimento ético-político é analisar as formas sutis de espoliação humana por trás da aparência da integração social, e, portanto, entender a exclusão e a inclusão como duas faces modernas de velhos e dramáticos problemas – a desigualdade social, a injustiça e a exploração (SAWAIA, 2011, p. 107).

Neste estudo, o grupo em foco são os garis, apesar de se saber que muitos são os ‘invisíveis’ da modernidade líquida. Realizar uma análise de conjuntura, através de uma leitura política incisiva da realidade, é indispensável para a árdua

tarefa de compreender as várias facetas do processo de inclusão social, que se encontra em passos lentos rumo à sua consolidação.

#### **4. O PAPEL DO GARI NA ATUALIDADE E A INVISIBILIDADE SOCIAL EM CAMPO GRANDE/MS**

Com o acelerado crescimento das cidades, amplia-se também o consumo e com ele a produção de materiais, que para muitos são considerados “lixos”, sendo que alguns desses materiais poderiam ser reciclados. Dessa maneira, o gari (leia-se, Garis de coleta de lixo e Garis varredores de rua) desempenham uma função muito importante para a limpeza e conservação do ambiente urbano, haja vista que grande maioria das pessoas não tem a sensibilidade ambiental de reduzir o consumo e reciclar o que é devido.

Historicamente, a profissão teve origem no Rio de Janeiro no Século XIX, quando Aleixo Gary assinou um contrato para a limpeza da cidade. Isso significa dizer que

Todavia, sua função diária a coleta sem a menor dúvida, é um dos serviços considerados como indispensáveis à saúde pública, pela dupla ameaça representada pelo lixo: os impactos que traz ao meio ambiente e sua dimensão simbólica, que transcende esse sentido, ligada à preservação do bem-estar das pessoas. (BELO, 2009, p. 55).

Visando uma melhor compreensão da realidade vivida pelos Garis no município de Campo Grande – MS, realizou-se entrevistas com 22 garis – sendo 16 de varrição e 06 de coleta seletiva. A maioria dos garis entrevistados, afirmam que sofrem diariamente com os “olhares preconceituosos”, com as cenas de discriminação, ou ainda com a “cegueira” e “indiferença” acerca da sua atividade profissional e da sua pessoa.

Na pesquisa de campo houve alguns obstáculos, como por exemplo, o receio. Os garis, em algumas vezes, tinham certa desconfiança, conforme segue a fala de um entrevistado, quando pedido para tirar uma foto: “Ué, pra que você quer foto? Vai postar no Facebook? Risos... Moça, nem jornalista tira foto da gente! [...]. (E.S., 43 anos)”.

Figura 05. Pesquisa de campo com os garis de coleta seletiva e de varrição



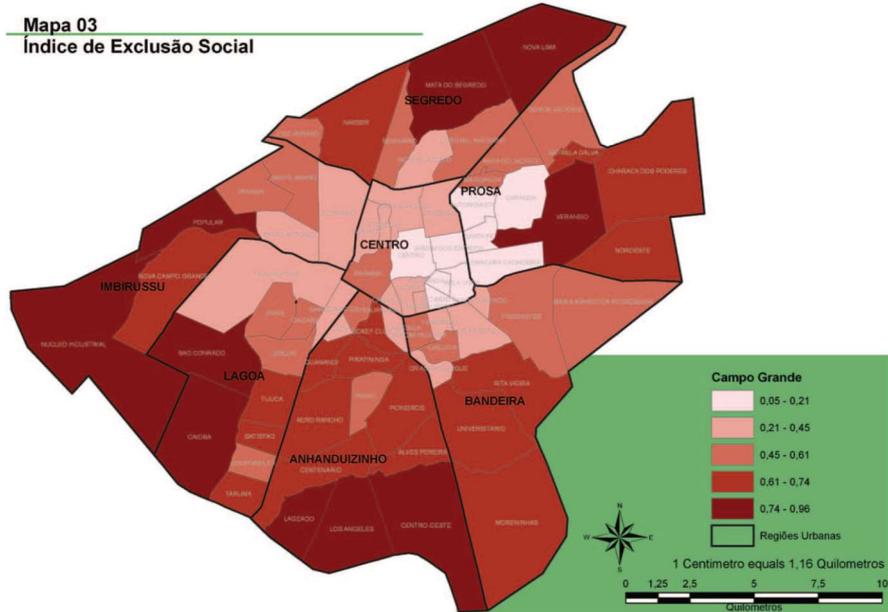
Fonte: OSHIRO REYNALDO, G. (2016).

Assim, em algumas entrevistas percebeu-se certa ‘surpresa’, sobretudo, nos garis da região central de Campo Grande/MS, quando através do diálogo eles podiam compartilhar vivências do seu cotidiano, desde vínculos familiares até relações sociais geradas (ou não) pelo exercício da profissão gari. Afinal,

Os coletores de lixo são os heróis não decantados da modernidade. Dia após dia, eles reavivam a linha da fronteira entre normalidade e patologia, saúde e doença, desejável e repulsivo, aceito e rejeitado [...] o dentro e o fora do universo humano (BAUMAN, 2005, p. 39).

Ainda, na pesquisa de campo, os garis entrevistados – varrição e coleta – afirmam que a maioria dos funcionários da empresa, residem na região urbana do Anhanduizinho e do Lagoa, principalmente nos bairros Aero Rancho, Santa Emilia e São Conrado, que são regiões notórias pelo seu grau de desigualdade social. A figura 5 (abaixo) faz parte do trabalho intitulado: O mapeamento dos índices de inclusão e exclusão social em Campo Grande-MS: Uma nova reflexão (2012). Trata-se da espacialização do Índice de Exclusão Social no município, sendo perceptível que as regiões supracitadas, estão dentre as que apresentam níveis mais altos de exclusão social, comprovando-se a afirmativa anterior.

Figura 06. Índice de Exclusão Social no município de Campo Grande



Fonte: SAUER; CAMPELO; CAPILLÉ (2012, p. 46)

Há de se ressaltar ainda que as regiões mencionadas anteriormente, também apresentam menor taxa de alfabetização e anos de estudo do chefe da família, conforme aponta a Tabela 5, do referido trabalho. A região urbana do Anhanduizinho apresenta menor taxa de alfabetização (93,6%). Tais dados levam à conclusão da existência do liame da exclusão social com a região em que se habita, pois diferentemente das Regiões urbanas de Anhanduizinho e Lagoa, a região do Centro v.g. apresenta a maior taxa de alfabetização e a maior média de anos de estudo do chefe de família, sendo a região menos desigual. E como anteriormente afirmado, com os dados das duas regiões de origem dos garis, bastantes desiguais, possibilitam concluir que a profissão de gari se encontra à margem dos outros empregos da sociedade, servindo somente para quem tenha baixo nível de escolaridade e alfabetização, o que leva a terem um salário indigno, sofrerem discriminação e serem invisíveis para a comunidade.

Tabela 02. Indicador de conhecimento para as regiões urbanas.

	<b>TAXA DE ALFABETIZAÇÃO</b>	<b>ANOS DE ESTUDO DO CHEFE DA FAMÍLIA</b>
<b>REG. URBANA DO ANHANDUIZINHO</b>	93,6	8,3
<b>REG. URBANA DO BANDEIRA</b>	95,2	9,1
<b>REG. URBANA DO CENTRO</b>	98,3	10,8
<b>REG. URBANA DO IMBIRUSSU</b>	95,5	9,3
<b>REG. URBANA DO LAGOA</b>	95,2	9,1
<b>REG. URBANA DO PROSA</b>	95,8	9,5
<b>REG. URBANA DO SEGREDO</b>	94,1	8,5

Organizado com base em SAUER; CAMPELO, CAPILLÉ (2012).

Elaborado por: OSHIRO REYNALDO (2016).

Na coleta de dados<sup>45</sup> com a concessionária SOLURB<sup>46</sup>, verificou-se que na coleta seletiva há somente trabalhadores do sexo masculino (ver tabela 2), com percentual mais alto (027,76%) na faixa etária dos 30 – 40 anos de idade. Seguindo da faixa dos 21 – 25 (025,34%), o que significa dizer que é uma massa de trabalhadores que não tiveram oportunidades de estudo, já que não há critérios de contratação quanto à escolaridade. Na pesquisa de campo esse dado se confirmou, haja vista que muitos dos entrevistados não possuem o ensino fundamental completo.

Tabela 03. Faixa Etária dos Garis de coleta seletiva.

IDADE		
ACIMA	ATÉ	PERCENTUAL
00	14	000,000
14	18	000,81
18	21	014,56
21	25	025,34
25	30	023,99
30	40	027,76
40	50	006,20
50	60	000,81
60	65	000,27
65	+	000,27

Total de coletores do sexo masculino: 306

Fonte: SOLURB (2016)

Elaborada por: OSHIRO REYNALDO, G. (2016).

Em suma, os garis entrevistados são naturais da cidade de Campo Grande/MS, são pais e mães com ensino fundamental incompleto, sendo este último um fator preponderante para a escolha da profissão de Gari. Dependem de serviços públicos de educação e saúde, seja para eles ou para os filhos.

Em quase todas as entrevistas os garis pontuaram que pagam muito caro no aluguel, mesmo que em porções periféricas da cidade. Segundo, uma Gari de varrição “[...] pagar aluguel é o que mais judia da gente. Vai quase metade do salário só no aluguel” (M. A. S, 53 anos). De um modo geral, percebe-se que o setor imobiliário em Campo Grande/MS é burocrático e repleto de especulações, o que evidencia a afirmação feita pelos entrevistados.

Os Garis sabem da relevância do seu trabalho, porém sentem-se ofendidos e discriminados com os olhares preconceituosos ou mesmo com a invisibilidade que sofrem cotidianamente, algo que de certa forma os fazem ter o sentimento de

<sup>45</sup>Em todas as abordagens, bem como na solicitação de dados à empresa (SOLURB), foram feitas explicações consistentes sobre o projeto maior ao qual este plano de trabalho está vinculado, bem como dos objetivos científicos e sociais deste. Os dados foram fornecidos no mês de janeiro de 2016.

<sup>46</sup>A **CG SOLURB Soluções Ambientais - SPE Ltda.** é a concessionária responsável pela gestão da Limpeza Urbana e o Manejo de Resíduos Sólidos do Município de Campo Grande. Disponível em < <http://www.solurb.eco.br/view/quem-somos/> > Acesso em 20 fev 2016.

inferioridade, o que fica explícito na fala de um Gari de coleta seletiva: “Ser Gari não é fácil não! Tem que ter muita vontade pra enfrentar todo o desprezo que as pessoas têm pela gente [...]” (G. M., 23 anos). Sem dúvidas, após a leitura dos referenciais teóricos e a análise do discurso nas entrevistas, percebe-se que o Gari deseja ter seu trabalho valorizado e reconhecido, bem como melhores oportunidades de vida, como por exemplo, aumento salarial, redução da jornada de trabalho, chances de dar prosseguimento nos estudos, acesso a moradia digna e com preço acessível, dentre outras demandas/desejos dos entrevistados.

Sob essa ótica, Sawaia (2011, p. 12), destaca que “Todos os estudos reforçam a tese de que o excluído não está à margem da sociedade, mas repõe e sustenta a ordem social, sofrendo muito nesse processo de inclusão social. [...]”. Isso significa que a amplitude e as contradições do processo de inclusão social são inúmeras, cabendo um olhar mais detido da ciência jurídica sobre a questão.

## 5. CONCLUSÃO

Ante o cenário de pesquisa, ora apresentado, deve-se considerar que a profissão do Gari pode ser estudada sob vários ângulos: trabalhista, da saúde, comportamental e cultural, algo que abrange todos esses pontos de vista, isto é, o ângulo social. Assim sendo, é cabível reforçar que este trabalho teve como ênfase a inclusão social, ou seja, além de analisar o processo de exclusão social que já fora constatado, o ponto mais importante consiste em apontamentos dos fatores que causam essa exclusão, bem como possíveis soluções e direcionamentos para a valorização de uma categoria profissional, negligenciada, porém, fundamental para a sociedade.

Ora, pode-se afirmar que o Gari não é um indivíduo à margem da sociedade. Todavia, é um sujeito que está “integrado” ao modo de produção, porém, o que se busca não é tão somente à integração, que é excludente e desigual. O que se busca está para além do que se tem, isto é, esse sujeito de direito tem que ser partícipe de um processo mais amplo e democrático, a inclusão social.

Nesse sentido, percebe-se que este estudo é imprescindível, pois tem como foco um grupo social que cotidianamente sofre com a invisibilidade pública. Assim, adotando uma perspectiva sócio-jurídica, representa avanços no processo de inclusão social, uma vez que, a partir deste, medidas de cunho administrativo possam ser pensadas. Esses avanços podem acontecer com a adesão de aspectos simbólicos que valorizem o trabalho e a pessoa humana, tendo um foco maior da educação – básica e superior – para a inclusão dos Garis. No município de Campo Grande não se verificou nenhum trabalho relacionado aos garis, seja de varrição ou de coleta. Todavia, mesmo com essa indiferença na reflexão científica e, sobretudo, social, percebe-se que os Garis entrevistados tem o sentimento de orgulho da atividade laboral, bem como entendem a importância desta no cotidiano das cidades. Apesar de sofrerem intenso preconceito e discriminação por parte da população, não é raro ver crianças admirando o trabalho de gari, inclusive fazendo

festas de aniversário com tal temática.

As greves (ano de 2015) demonstram um descaso do poder público com esses trabalhadores. A pesquisa de campo só reforça o que os referenciais teóricos apontam, ou seja, o processo de exclusão e invisibilidade pública (ou social) que estes indivíduos sofrem diariamente. Assim, o presente trabalho demonstra a necessidade de um olhar mais atencioso para as minorias, o que reforça a tese de Manuel Castells (2010), sobre a necessidade da responsabilidade moral das ciências sociais com o “quarto mundo”<sup>47</sup> – o mundo dos excluídos.

Aponta-se que fomentar o processo educativo entre os Garis é fundamental, uma vez que representa uma possibilidade de ascensão social através da escolarização. Esse fomento viria no sentido de uma melhor remuneração dentro da própria concessionária, partindo do princípio de que a progressão no sistema escolar e educacional representa também uma ascensão pecuniária (salarial) para o seu ganho mensal.

Para melhorar a visibilidade dos garis dentro da sociedade, é necessário a criação de políticas públicas na valorização dos seus serviços oferecendo oportunidades de cursos que interessem a eles através de uma pesquisa com a própria categoria. Além disso, há a necessidade de uma divulgação nas secretarias de planejamento urbano sobre o papel e a importância do gari dentro da sociedade. O estímulo para a coleta seletiva poderia trazer um trabalho diferenciado para o Gari, criando diferentes funções frente ao trabalho de coleta. As experiências já concretizadas em outros países e cidades que criaram estímulos fiscais para a população que participa na cadeia da coleta seletiva. Fomentar a educação é fomentar o progresso da dignidade humana e conseqüentemente a sua ascensão social livre de discriminação.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2005.

BELO, E. F. **Qualidade de vida no trabalho dos garis da área central de Belo Horizonte**. 2009. 159 f. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Administração. Faculdades Integradas de Pedro Leopoldo. Pedro Leopoldo - MG: 2009.

COSTA, Fernando Braga da. **Moisés e Nilce: retratos biográficos de dois garis**. Um

---

<sup>47</sup>O conceito "quarto mundo", bastante defasado, é uma expressão integrante alusiva à "Teoria dos Mundos" que classificava os países de acordo com o nível de desenvolvimento e ideologia seguida (capitalista ou socialista). Portanto, conclui-se que o autor quis utilizar a expressão "quarto mundo" com o intuito de indicar patamares abaixo do terceiro mundo que representava os países sub-desenvolvidos.

estudo de psicologia social a partir de observação participante e entrevistas. 2008. 403 p. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

CASTELLS, M. **O poder da identidade**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010.

DEMO, P. **Charme da exclusão social**. Campinas, SP: Autores Associados, 1998.

GIL, A. C. Como encaminhar uma pesquisa?. In: GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. P. 17 – 29.

IHERING, R. V. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

JURISWAY. Especial - Gari varredor tem direito ao adicional de insalubridade em grau máximo?. Disponível em <[http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/196150619/especial-gari-varredor-tem-direito-ao-adicional-de-insalubridade-em-grau-maximo?ref=topic\\_feed](http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/196150619/especial-gari-varredor-tem-direito-ao-adicional-de-insalubridade-em-grau-maximo?ref=topic_feed)> Acesso em 18 jan 2016.

MARQUES, H. R.; et al. **Metodologia da Pesquisa e do Trabalho Científico**. 4. ed. rev. e atual. Campo Grande, MS: UCDB, 2014.

PLANURB – Instituto Municipal de Planejamento Urbano. **Perfil Socioeconômico de Campo Grande**. 21 ed. Ver. Campo Grande, 2014.

PORTO, J. **Invisibilidade Social e a Cultura do Consumo**. Disponível em <[https://xa.yimg.com/kq/groups/22690463/1813839104/name/Invisibilidade\\_social\\_e\\_a\\_cultura\\_do\\_consumo\\_-\\_Juliana\\_Porto.pdf](https://xa.yimg.com/kq/groups/22690463/1813839104/name/Invisibilidade_social_e_a_cultura_do_consumo_-_Juliana_Porto.pdf)> Acesso em 03 fev. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Ática/Editora da UNB, 1989.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SAUER, Leandro; CAMPELO, Estevan; CAPILLÉ, Maria Auxiliadora Leal. O mapeamento dos índices de inclusão e exclusão social em Campo Grande-MS: Uma nova reflexão. Campo Grande, MS. Ed. Oeste, 2012.

SAWAIA, B. (Org.). **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

SAWAIA, B. B. O sofrimento ético-político como categoria de análise da dialética exclusão/inclusão. In: SAWAIA, B. (Org.). **As artimanhas da exclusão: análise**

psicossocial e ética da desigualdade social. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pp. 99 – 119.

URQUIZA, A. H. A.; BANDUCCI, JR. A.; **Culturas e Relações Interétnicas**: algumas aproximações conceituais. In: URQUIZA, A. H. A. Culturas e Histórias dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS: Ed. UFMS, 2013, p. 167 – 216.

VERAS, M. Exclusão Social – Um problema brasileiro de 500 anos (notas preliminares). In: SAWAIA, B. (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pp. 29 – 54.

WANDERLEY, M. B. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: SAWAIA, B. (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pp. 17 – 28

#### **WASTE COLLECTORS OF THE MUNICIPALITY OF CAMPO GRANDE - MS: process of exclusion and social invisibility under socio-legal perspective**

**ABSTRACT:** Many are the groups that suffer from social exclusion and invisibility in contemporary society, and there are multiple facets of these processes, especially in the urban context. Faced with this landscape, this writing had the intention to analyze the conditions that are the waste collectors in the city of Campo Grande - MS. These social actors, every day, are present in various situations of every day life of cities. However, as the garbage their object of work, many people to "disqualify" or "ignore", exacerbating the social invisibility. In order to achieve the objective of this study, after the theoretical frame work of the dialectic inclusion/exclusion and social invisibility, were conducted semi-structured interviews with the waste collectors sweeping and selective collection for qualitative analysis purposes the reality experienced by the workers in city street sunder study. After such methodological procedures and adopting a socio-legal perspective, it is understood that the waste collector profession, informally called "lixeiro", immediately associates the person who performs such a function, the trash, what no longer serves society, refuse, dirt. Thus, prejudice, discrimination and negative values are assigned to these people, who day after day, become invisible beings, 'integrated', however, not included. In general, it was found that daily prejudice scenes and discrimination are experienced by these actors, who almost never find social advancement opportunities and dignified life, while the legal science a closer look held on the issue of social invisibility that haunts group study focus: the waste collectors.

**KEYWORDS:** Waste Collector, Social Inclusion; Campo Grande - MS; Human Rights.

## **CAPÍTULO XXI**

### **OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO: NOVOS ATORES SOCIAIS E NOVA FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA**

---

**Valquiria Palmira Cirolini Wendt  
Emerson Wendt**

## OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO: NOVOS ATORES SOCIAIS E NOVA FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA

### **Valquiria Palmira Cirolini Wendt**

Mestre em Direito (Unilasalle, Canoas-RS). Inspetora de Polícia no RS. Professora na Academia de Polícia Civil no RS e IMED (Porto Alegre-RS).

E-mail. [valquiriaw@hotmail.com](mailto:valquiriaw@hotmail.com).

### **Emerson Wendt**

Mestre em Direito (Unilasalle, Canoas-RS). Delegado de Polícia e Chefe de Polícia Civil no RS. Professor em vários cursos de Pós-Graduação no Brasil.

E-mail. [emersonwendt@gmail.com](mailto:emersonwendt@gmail.com).

**RESUMO:** O texto analisa, a partir da crise do sistema jurídico monista estatal, a proposta de um novo paradigma, o pluralismo jurídico, pois a teoria crítica propôs novas alternativas ao identificar as necessidades e/ou deficiências dos paradigmas vigentes e de maneira a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social. Assim, o objetivo deste estudo, com enfoque nos novos movimentos sociais, é discutir sobre a atuação de novos sujeitos sociais como uma nova fonte de produção jurídica diante da ineficácia do sistema jurisdicional e a desatualização da legislação positiva dogmática. A metodologia empregada baseia-se na revisão bibliográfica e tem como referencial teórico a doutrina do pluralismo jurídico desenvolvida Antônio Carlos Wolkmer. O método de análise utilizado será o dedutivo partindo-se da análise da crise do sistema monista Estatal e, deste modo, verificando-se a eventual necessidade de um novo paradigma e a participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise; Monismo Estatal; Movimentos Sociais; Pluralismo Jurídico; Sujeitos Sociais.

## 1. INTRODUÇÃO

Somos sujeitos necessitados e queremos realizar nossas necessidades e nos tornarmos cada vez mais ricos em necessidades [...] os direitos são medicamentos para os bens (incluindo objetos e relações), que satisfazem as necessidades individuais e coletivas (RUBIO, 2014, p. 39).

Vivemos na sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade, com um elevado aumento de demandas e, conseqüentemente, dificuldade do sistema Estatal em apresentar soluções adequadas para solucioná-las. Neste contexto, o paradigma do monismo estatal entra em crise e defensores da teoria crítica apoiam a criação de um novo paradigma, de um pluralismo jurídico. Para tanto, novos sujeitos sociais surgem como atores em busca de uma nova forma de produção legislativa e jurídica. Neste artigo, tratar-se-á especificamente sobre os novos movimentos sociais.

Deste modo, o objetivo deste estudo é apresentar uma discussão sobre a

crise do sistema monista estatal e proposta de um pluralismo jurídico como um novo paradigma, com a atuação de novos sujeitos sociais, na perspectiva de Antônio Carlos Wolkmer. Assim, como o problema de pesquisa, sob a perspectiva de um pluralismo jurídico, questiona-se qual a importância da atuação dos novos sujeitos sociais, em especial os novos movimentos sociais.

Neste sentido, partindo da constatação da crise do sistema jurídico estatal, será abordada a proposta de um novo paradigma jurídico. Assim, tratar-se-á sobre o pluralismo jurídico como uma alternativa para um novo paradigma, oportunizando a atuação direta da sociedade, por meio de novos sujeitos sociais, como mecanismos eficazes para atingir os objetivos de solucionar seus conflitos e atender suas demandas.

Para tanto, a metodologia empregada neste estudo basear-se-á na revisão bibliográfica de livros e periódicos. Terá como referencial teórico a doutrina do pluralismo jurídico, desenvolvida Antônio Carlos Wolkmer. O método de análise utilizado será o dedutivo partindo-se da análise da crise do sistema monista Estatal e, deste modo, verificando-se a eventual necessidade de um novo paradigma e a participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos.

## **2. A CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO E A CRISE NO SISTEMA JURÍDICO ESTATAL**

Vivemos uma crescente complexidade do mundo contemporâneo e, conseqüentemente, esse contexto coloca o Estado em situação de crise, de modo que, o seu principal instrumento de controle, o direito estatal, resta atingido, ou seja, enfrentamos o esgotamento e crise do atual paradigma da dogmática jurídica tradicional, com domínio do formalismo monista e dependência da produção legal do Estado Moderno (WOLKMER, 2015b).

Nesta conjuntura, o paradigma do monismo jurídico não é mais suficiente para dar conta da pluralidade das situações que surgem na sociedade atual, como nos ensina Rubio,

[...] as normas tradicionais assentadas em pretensões de homogeneidade, promulgadas com base nos princípios da impessoalidade, generalidade e abstração e de rigor semântico, organizadas a partir de um sistema unitário, lógico, fechado e hierarquizado, coerente, sem lacunas e antinomias, são excessivamente simples para dar conta da pluralidade das situações sociais, econômicas e culturais cada vez mais diferenciadas. A complexidade socioeconômica e a crescente desigualdade dos conflitos, tanto a nível supranacional como infraestatal, como também no interior do próprio direito positivo estatal, mostram a perda capacidade de regular e disciplinar nossas sociedades e o surgimento de outras expressões de pluralidade jurídica rompem o monopólio estatal. (RUBIO, 2014, p. 40).

No entanto, antes de avançarmos é necessário compreendermos o significado dos termos “paradigma” e “crise”. O que se entende por “paradigma” e “crise”?

Wolkmer utiliza a ideia de Thomas S. Kuhn para explicar o significado de paradigma. É ele um modelo científico correspondente da verdade, sendo aceito e que predomina em determinado momento da história, “tratando-se de práticas científicas compartilhadas que resultam de avanços descontínuos, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas” (KUNN apud WOLKMER, 2015a, p. 26).

Por sua vez, crise é, segundo Wolkmer (2015a, p. 26), o aumento das “contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes”.

Assim, o monismo jurídico estatal, que tem por paradigma que a sistemática legal é ditada pelo Estado, ou seja, de que não há direito fora do Estado e sem a participação direta do mesmo, vive um momento de crise, um processo de transformação, pois este sistema não é mais capaz de dar conta das demandas da sociedade atual.

A ineficácia da estrutura jurídica monista estatal para atender à pluralidade de demandas e conflitos que surgem na sociedade atual também é apontada por Wolkmer (2006, p. 2017) como motivação para discussão e busca de alternativas para o sistema jurídico monista:

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade).

Deste modo, o pensamento “crítico” surge não apenas como uma avaliação crítica ao que está estabelecido, mas no sentido de trabalhar na direção de uma nova existência, de algo novo, ou seja, tem a “função de provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local ou global)” (WOLKMER, 201-, p.5).

A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem e de sociedade, de maneira a aplicar, de forma integrada, a teoria, a produção e a prática contemporânea, como bem nos ensina Wolkmer (2015a, p. 48/49):

Assim, compartilhando as mudanças de paradigmas que se vêm processando na filosofia das ciências e nas ciências humanas, urge integrar nessa direção à teoria, a produção e a prática jurídica contemporânea. Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicional, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma do Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas executar a prática político-

social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Lefort, proteger a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça.

Como vimos o dinamismo é uma característica da sociedade contemporânea e se espera que dinâmico também seja o direito. Neste sentido, aumentam as manifestações contra a permanência da exclusividade do direito estatal para a resolução de seus conflitos. Consequentemente, defendem a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, ou seja, defendem a existência de um pluralismo jurídico, conforme observação de Boaventura de Sousa Santos:

Uma das expressões mais incisivas do pensamento jurídico crítico é a contestação da exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico. A concepção moderna de direito enquanto direito do Estado levou a uma grande perda de experiência e da prática jurídica e legitimou um “juridicídio” massivo, isto é, a destruição de práticas e concepções jurídicas que não se ajustavam ao Canon jurídico modernista. De um ponto de vista sociológico, as sociedades são jurídica e judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais, e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do cotidiano da grande maioria dos cidadãos. (SANTOS, 2011, p. 114).

É, então, manifesto que o modelo jurídico monista estatal encontra-se em crise e que já não é mais eficaz para atender as necessidades das atuais sociedades de massas, que precisam enfrentar questões de natureza das mais diversas. E por conta dessa crise é que a teoria crítica desempenha um papel importante e essencial nesse processo de mudança, de transição para um novo paradigma jurídico que vem romper com o monismo estatal com o objetivo de traçar novas alternativas para os paradigmas vigentes e buscar um novo modelo jurídico.

### **3. A PROPOSTA DE UM NOVO PARADIGMA - O PLURALISMO JURÍDICO**

O paradigma jurídico monista estatal, visto anteriormente, como aquele onde se identifica o Estado como sendo a única fonte de Direito, de lei, é o modelo que tem dominado, oficialmente, a partir do final do século XX, tanto os países industriais avançados (Europa central e EUA), como os países em desenvolvimento da periferia (América Latina, África e Ásia), independente do enquadramento dessas sociedades em estruturas sociopolíticas capitalistas de livre mercado ou de planificação econômica estatal (WOLKMER, 2015b, p. 86).

Entretanto, vivemos contemporaneamente a globalização mundial, novo modo de vida, outras modalidades de convivência, outras formas de relações sociais, outras necessidades de regulamentações das práticas emergentes e instituintes. E, nesse sentido, o grande desafio é como participar deste contexto onde a ênfase não estará mais no Estado e no Mercado, mas sim na Sociedade Civil enquanto novo

espaço público de efetivação da pluralidade democrática, sem deixar de estar integrado e atuar ativamente no plano cultural da legitimidade local.

Conjuntamente a teoria crítica vem desempenhando uma função importante neste processo, pois se trata de uma teoria dinâmica e necessária para que o desenvolvimento científico possa ser capaz de identificar as necessidades/deficiências dos paradigmas vigentes, vindo a propor novas alternativas, de modo a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social. Conforme conceituação dada por Wolkmer é este o papel da teoria crítica, pois é

[...] o instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes, subalternos e colonizados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos de resistência que conduzem à formação de novas sociabilidades possuidoras de uma concepção de mundo libertadora, antidogmática, participativa, criativa e transformadora. (WOLKMER, 2015a, p. 29).

Assim, no intuito de contribuir para a criação de propostas alternativas ao sistema em crise, a teoria crítica aponta como um novo paradigma do direito a ideia do pluralismo jurídico. Para Wolkmer (2015b, p. 65), ao contrário do que ocorre no monismo, onde há a “consagração que todo o Direito é criação do Estado e, por conseguinte, todo Direito Estatal é Direito Positivo”, com o pluralismo jurídico não apenas se deixaria de “associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado e, mais ainda, que pode existir até Direito Positivo sem Estado e equivalente ao do Estado”.

Na mesma linha de conceituação, Wolkmer informa que não há uma definição única para o que se entende por pluralismo jurídico, mas, para os propósitos da obra “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito” opta por adotar o seguinte conceito: “[...] multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2015b, p. 257).

Entretanto, cabe ressaltar que pluralismo jurídico não surgiu apenas com o fim imotivado de contrapor a doutrina do monismo jurídico, todavia deve-se considerar que a própria insuficiência do monismo estatal fez com que surgissem outros centros geradores de produção jurídica, através de meios normativos diversos dos convencionais.

Para Rubio há duas razões fundamentais para justificar que a cultura deva assimilar e incorporar o paradigma pluralista de direito:

a) porque permite uma melhor interpretação da complexidade dos atuais acontecimentos que o contexto da globalização está provocando sobre o jurídico; e b) porque em sua versão emancipadora, o direito tanto estatal como não estatal pode ser instrumento do serviço dos coletivos mais desprotegidos e mais vulneráveis. Isto é, há que se ter clareza de que não existem instâncias salvadoras que possam manter a margem as

influências das relações de poder. (RUBIO, 2014, p. 43).

Ademais, evidencia-se que esse novo paradigma do pluralismo jurídico surge como uma corrente doutrinária com objetivos revolucionários e com tendências que visam, indiscutivelmente, ao rompimento do paradigma dominante identificado com o monismo jurídico, ao mesmo tempo em que ressalta a participação dos novos sujeitos sociais, na medida em que estes são os representantes principais dos diversos centros de produção de norma jurídica, independentemente do Estado.

Em tal sentido, Rubio (2014, p. 40) ressalta que a unicidade e hegemonia do direito estatal são desafiadas pelos novos sujeitos sociais, afirmando que “Novas fontes de direito, novos sujeitos e atores em todas as escalas espaciais (locais, regionais, nacionais, globais) e novos direitos desafiam a unicidade e hegemonia do direito estatal, tornando-se insuficiente e deficiente”.

Enfim, podemos afirmar que o pluralismo jurídico se traduz em uma mudança dos paradigmas do modelo jurídico monista, contanto com a participação democrática e efetiva de diversos setores da sociedade, objetivando a criação de novas regras de normatividade social, no sentido de se adaptar a uma sociedade complexa e desigual e, deste modo, almejando a construção de uma teoria jurídica ampla, flexível e adaptável às constantes mudanças da sociedade, conseqüentemente, às mais variáveis exigências dos diversos grupos que compõe a sociedade contemporânea.

#### **4. A EMERGÊNCIA DOS NOVOS SUJEITOS SOCIAIS**

Vê-se que surge a proposta de um novo paradigma jurídico, o pluralismo jurídico, visando outras práticas normativas, que não apenas as estatais. Esse novo modelo permite a participação de novos sujeitos sociais na geração de Direitos, deixando de ser uma atividade exclusiva dos órgãos representativos do monopólio Estatal. Neste contexto, nos ensina Wolkmer (2008, p. 186),

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.

Diante dessa nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, de caráter neo-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade. (Wolkmer, 2008, p. 186).

Deste modo, os novos sujeitos sociais buscam a satisfação das necessidades

humanas. Para Wolkmer (201-a, p.12)

A estrutura das necessidades humanas (existenciais, materiais e culturais) que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação.

Neste sentido, também Wolkmer (201-b, p. 1) afirma que ao considerarmos que a própria sociedade (urbana e rural) é capaz de ofertar novas fontes de produção jurídica, é perfeitamente compreensível que os novos sujeitos sociais possam ser atores de um processo de regulamentação e controle social em função das contradições, interesses e necessidades que enfrentam na sociedade atual. O autor salienta ainda que “este direcionamento ressalta a relevância de se buscar formas plurais de fundamentação para a instância da justiça oficial, contemplando uma construção comunitária solidificada em plena realização existencial, material e cultural de atores emergenciais”.

Mas quem são esses “novos sujeitos sociais” e quem eram os “velhos sujeitos sociais”?

Em síntese, para Wolkmer (201-b, p. 2-3) os “velhos sujeitos sociais” eram, na tradição liberal-nacionalista, o “sujeitos em si”, o “sujeito privado”, ou seja, aquele que se adapta às condições do objeto dado e à realidade global estabelecida. Enquanto que o “novo sujeito social” é o sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social.

É a mobilização do “novo sujeito” histórico coletivo articulando-se em torno do sofrimento – às vezes centenário – e das exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária das necessidades humanas fundamentais de grandes parcelas sociais excluídas, dominadas e exploradas da sociedade.

Assim, considerando o sujeito enquanto identidade que envolve o “novo” e o “coletivo”, que se privilegiam, numa pluralidade de sujeitos, os chamados movimentos sociais são considerados sujeitos detentores de uma nova cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos que já tenham sido conquistados e, ainda, como uma nova fonte de legitimação da produção judiciária.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida (WOLKMER, 201-a, p. 12).

Dessa maneira, diante da ineficiência do Estado, urge uma nova realidade de exclusões, carências e necessidades materiais onde “novos sujeitos” (múltiplos

grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) passam a atuar como atores em busca de uma nova forma de produção legislativa e jurídica (WOLKMER, 2008, p. 191).

Entretanto, estes novos sujeitos, os movimentos sociais, não se organizam com pretensão de conquistar o Estado, mas sim, com a finalidade de transformá-lo. Castells pondera esses interesses e destaca a interação sistêmica dessa necessidade de adaptação:

Quando as sociedades falham na administração de suas crises estruturais pelas instituições existentes, a mudança só pode ocorrer fora do sistema, mediante a transformação das relações de poder, que começa na mente das pessoas e se desenvolve em forma de redes construídas pelos projetos dos novos atores que constituem a si mesmas como sujeitos da nova história em processo. (CASTELLS, 2013, p. 170).

Esses “novos sujeitos” são grupos marginais em relação aos padrões de normalidade sociocultural e jurídica de uma determinada sociedade, ou seja, são formados, especialmente por minorias excluídas (negros, LGBTs, índios, mulheres, idosos etc.) e que adotam uma atitude de oposição ao que é determinado pelo paradigma vigente. Deste modo, tornam-se reconhecidos como uma nova fonte de produção jurídica.

## 5. OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Primeiramente, diante de tantas possibilidades de manifestações agregadoras de interesses sociais e que podem ser qualificadas de movimentos sociais, para fins deste artigo vamos tratar sobre um tipo específico, ou seja, aqueles que são capazes de se tornar legitimados como sujeitos de produção legal não estatal, denominados de “novos movimentos sociais”.

Esses novos movimentos sociais devem ser entendidos, na conceituação utilizada por Wolkmer (2015b, p. 130) como

sujeitos históricos transformados (em sentido individual e coletivo), advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais. (destaques do autor)

A existência de movimentos sociais não é recente e, no contexto da moderna cultura política ocidental, é possível perceber a existência deles em diferentes épocas. Porém, conforme nos ensina Wolkmer (2014b), o grande impulso que tiveram foi durante a era industrial burguês-capitalista e predominaram até o final do século XX, sendo formados na maioria pelos operários e muitas vezes influenciados pelos princípios do socialismo, do marxismo e do anarco-sindicalismo.

Eram grupos formados por pessoas que pertenciam a segmentos populares urbanos, camponeses e camadas médias e, portanto, privilegiavam especialmente questões de teor material e econômico, calcados em relações instrumentais imediatas, agindo sob formas tradicionais de atuação (clientelísticas, assistenciais e autoritárias) e mantendo relações de subordinação aos órgãos institucionalizados (Estado, partido político e sindicato).

Destaca-se que ao longo das décadas de 70, 80 e 90 do século passado movimentos sociais emergem e lhes é reconhecida a possibilidade de construir um novo paradigma de cultura política e de uma organização emancipatória. Giddens (1991, p. 158), ao falar sobre as consequências da Modernidade, já referia a importância do papel dos movimentos sociais para as transformações da sociedade ressaltando que: “como modalidade de engajamento radical com importância difusa na vida social moderna, os movimentos sociais fornecem pautas para potenciais transformações futuras”.

Também, os movimentos sociais abroham como uma nova fonte de produção jurídica diante da impotência do sistema jurisdicional e a desatualização da legislação positiva dogmática. Pois no contexto de sociedade atual contemporânea com uma multiplicidade de novas exigências, necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, é importante reconhecer nos novos movimentos sociais essa nova fonte geradora de novos direitos, direitos esses mais flexíveis e menos formalizados (WOLKMER, 2011-b, p. 4).

Também Gohn (2013, p. 7) defende a ideia de que os movimentos sociais podem ser considerados como uma nova fonte geradora de direitos, afirmando que os movimentos sociais vêm sendo considerados no Brasil, a partir dos anos 1970-1980, “como fonte de renovação das ciências sociais e da forma de fazer política”. Observa a autora, ainda, que no início se sobressaíam pela emergência popular urbana que reivindicava bens e equipamentos coletivos de consumo e, também, por questões relacionadas à moradia, usualmente articulados, em termos territoriais, ao nível do bairro ou de uma região. Destacavam-se, ainda, na luta contra o regime militar. Entretanto, com o passar do tempo outras demandas surgiram como “na área do meio ambiente, direitos humanos, gênero, questões étnico-raciais, religiosas, movimentos culturais etc., e deram uma nova identidade aos movimentos sociais”.

No primeiro momento, até os anos 1990, os processos de mobilizações eram mais pontuais, enquanto que, com o passar dos anos, se tornaram processos de mobilização de massa.

No Brasil e em vários outros países da América Latina, no final da década de 1970 e parte dos anos de 1980, ficaram famosos os movimentos sociais populares articulados por grupos de oposição ao então regime militar, especialmente pelos movimentos de base cristãos, sob a inspiração da Teologia da Libertação. Ao final dos anos de 1980, e ao longo dos anos de 1990, o cenário sociopolítico se transformou radicalmente. [...] As manifestações atuais são diferentes das dos anos de 1990, mas são, ao mesmo tempo, resultado de conjunturas econômicas e políticas que foram estruturadas naquela década com a globalização que produziu uma geração ampliada de excluídos. Aos excluídos pela pobreza,

agregaram-se os excluídos pelas novas regras da divisão internacional do trabalho, no acesso ao emprego no mercado de trabalho, especialmente jovens, limitando-lhes também o acesso ao mundo do consumo, consumo esse que foi negado nas manifestações de seus pais na década de 1960, mas que foi o grande fator de integração social dessa geração de pais na década de 1990. (GOHN, 2013, p. 19).

Gohn (2013, p. 20) também refere que as demandas e pressões organizadas pelos movimentos sociais dos anos de 1970/1980 foram essenciais para a conquista de vários novos direitos sociais inscritos em leis na nova Constituição brasileira de 1988.

Conforme mencionado anteriormente, a partir de 1990 outros movimentos ganharam outra identidade em razão de novas reivindicações, momento em que surgem os Fóruns Nacionais (de Luta pela Moradia, pela Reforma Urbana, de Participação Popular etc.) e, através deles, identificava-se os problemas sociais, bem como se definia metas e objetivos estratégicos para solucioná-los, através de parcerias entre a sociedade civil organizada e o poder público, impulsionados por políticas públicas estatais, como, por exemplo: o Orçamento Participativo, a política de Renda Mínima, bolsa escola, criação de albergues públicos para acolhimento de moradores de rua etc. (GOHN, 2013, p. 20).

Deste modo, mesmo diante de possíveis resistências, não há como negar os movimentos sociais se tornaram novas fontes (paralela e concorrente) de produção jurídica, quebrando-se, assim, o paradigma do sistema monista jurídico estatal, neste sentido afirma Wolkmer (201-b, p. 5) que “ainda que possa haver resistência por parte da cultura oficial normativa e de seus aparatos burocráticos, a comprovação de ‘legalidade paralela ou concorrente’ a partir da luta por direitos torna-se, gradativamente, inconteste e por demais evidentes”.

Portanto, os novos movimentos sociais tornam-se uma forma plural de gerar legitimidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na concretude efetiva da sociedade, ou seja, uma fonte geradora de outras formas jurídicas menos formalizadas. Como consequência desse reconhecimento da necessidade de redefinição das fontes de produção jurídica, também se deve reconhecer o Estado não mais como o detentor único do monopólio de criação jurídica, mas como uma instância democratizada mandatária da Comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva.

Para Wolkmer (201-b, p.5), ao estarmos diante destas práticas sociais cotidianas e necessidades efetivas, internalizadas pelos novos movimentos sociais que têm consciência, identidade e autonomia, emerge uma nova concepção de direitos mais mutáveis, elástica e plural que transcende aos direitos estatais consagrados nos limites da doutrina imperante e da legislação positiva.

Materializa-se, assim, a compreensão não apenas por direitos estáticos, ritualizados e equidistantes dos conflitos sociais, mas “direitos” vivos referentes à qualidade de vida, ou seja, à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana etc. assim, esses novos direitos têm sua

eficácia na legitimidade dos múltiplos “sujeitos da juridicidade”, legitimidade assentada nos critérios das necessidades, participação e aceitação. É inegável, em um processo de luta por justiça, a importância e a interferência destes novos movimentos sociais para a eficácia a uma nova legalidade, uma legalidade advinda de práticas e negociações resultantes de demandas e de carências superadoras de conflitos e de carências.

Neste contexto, de maneira a ressaltar a importância dos novos movimentos sociais na sociedade contemporânea, trazemos a conceituação dada por Gohn para este fenômeno:

Os movimentos sociais são fenômenos históricos decorrentes de lutas sociais. Colocam atores específicos sob as luzes da ribalta em períodos determinados. Com mudanças estruturais e conjunturais da sociedade civil e política, eles se transformam. Como numa galáxia espacial, são estrelas que se acendem enquanto outras estão se apagando, depois de brilhar por muito tempo. São objetos de estudo permanentes. Enquanto a humanidade não resolver seus problemas básicos de desigualdades sociais, opressão e exclusão haverá lutas, haverá movimentos. (GOHN, 2007, p. 19-20)

Portanto, diante de uma proposta de um novo paradigma, de uma pluralidade jurídica, os novos movimentos sociais surgem não na intenção de negar ou mesmo em minimizar o direito estatal, mas buscando o seu reconhecimento como atores deste processo de concepção de novas formas de direito que possam ser criados/aplicados de forma autônoma em relação ao poder do Estado.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do aumento acelerado de demandas sociais e, conseqüente, ineficácia do Estado em atendê-las, aponta-se para uma crise do sistema monista Estatal, cujo paradigma é de que a sistemática legal é ditada pelo Estado, ou seja, de que não há direito fora do Estado e sem a participação direta do mesmo.

Assim, abordou-se sobre a necessidade de um novo paradigma e, neste sentido, destacou-se o papel importante da teoria crítica neste processo. A teoria crítica, como uma teoria dinâmica e necessária para o desenvolvimento científico, ao identificar as necessidades e deficiências dos paradigmas vigentes e de maneira a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social, propôs novas alternativas, o pluralismo jurídico.

Diante dessa proposta de um pluralismo jurídico, visando a outras práticas normativas que não apenas as realizadas pelo Estado tratou-se sobre a necessidade da participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos, atividade que, conseqüentemente, deixa de ser dos órgãos representativos do monopólio Estatal.

Neste contexto, surgem os novos movimentos sociais como atores neste processo, tornando-se uma forma plural de gerar legitimidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na concretude efetiva da sociedade, ou seja, uma fonte

geradora de outras formas jurídicas menos formalizadas em relação à atuação Estatal.

Conclui-se que, considerando que o momento contemporâneo comporta intensas mudanças e que paradigmas são considerados modelos científicos tidos como verdades predominantemente aceitas por determinados períodos, não há como negar que o paradigma do monismo estatal, diante dessa nova realidade de novas demandas, passa por uma crise.

Deste modo, diante de uma proposta de um novo paradigma, de uma pluralidade jurídica, ressalta-se a importância dos novos movimentos sociais que surgem como atores deste processo de criação de novas formas de direito, que poderão ser cunhados e aplicados de forma autônoma em relação ao poder do Estado.

## REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. Sobre a cultura e a identidade jurídica: pluralismo jurídico e emancipação social na nova teoria constitucional. In: **Cultura e Identidade em Tempo de Transformações**. Organizadores: Germano Schwartz e Albert Noguera Fernández. Curitiba: Juruá, 2011.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 6 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais**. 6 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Sociologia dos movimentos sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução: Ivone Fernandes Mocilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

WENDT, Emerson; WENDT, Valquiria P. Cirolini. De 8 a 80: do esquecimento dos

movimentos sociais LGBTs à criminalização da homofobia. In: José Filomeno de Moraes Filho; Jose Miguel Busquets. (Org.). **Sociedade, conflito e movimentos sociais**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 42-57.

WENDT, Valquiria P. Cirolini. Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia: análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - UFSM, 2015, Santa Maria- RS. **ANAIS**. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Santa Maria: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade- UFSM, 2015. v. 1. p. 1-16.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Crítica Jurídica e pluralismo das fontes do Direito Contemporâneo**. [S.l.:s.n.], 201-a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Novos sujeitos sociais e a construção plural de Direitos**. [S.l.: s.n.], 201-b.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: dimensões emancipadoras. In: **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI**. Alejandro Rosillo Martínez...[et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

## **CAPÍTULO XXII**

### **POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

---

**Bruna Bossay Assumpção Fassa**

# POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

**Bruna Bossay Assumpção Fassa**

Universidade Católica Dom Bosco

Campo Grande – MS

**RESUMO:** A desaposentação é um instituto sem regulamentação legal, que se caracteriza pela renúncia da aposentadoria e posterior recálculo do benefício, face ao acréscimo de tempo de contribuição. Este trabalho pretende analisar a desaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, no qual o aposentado é obrigado a contribuir caso continue trabalhando, bem como demonstrar sua possibilidade jurídica. Os argumentos contrários à sua concessão serão refutados com fulcro na Constituição Federal brasileira de 1988, de modo a vislumbrar que o instituto em apreço é legítimo e, portanto, exigível pelos aposentados que permanecem no mercado de trabalho. A justificativa pode ser resumida à maior e incontestável garantia - e fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito -, a dignidade da pessoa humana. Conforme será demonstrado, não obstante o recente veto da norma que regulamentaria a desaposentação e do julgamento da inconstitucionalidade, não existem óbices para a sua concessão. Outrossim, nenhum obstáculo financeiro deve sobrepor-se aos direitos fundamentais da pessoa.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Desaposentação. 2. Regime Geral de Previdência Social. 3. Constituição Federal. 4. Dignidade da pessoa humana.

## 1. INTRODUÇÃO

São características próprias dos países em desenvolvimento as instabilidades econômicas e políticas, as quais provocam constantes alterações nas normas previdenciárias, principalmente em relação à aposentadoria, em razão de ser submissa ao fator expectativa de vida e diretamente ligada ao equilíbrio financeiro e atuarial.

A renda proveniente do benefício de aposentadoria é muitas vezes insuficiente para manter a qualidade de vida do aposentado, que diante disso prefere continuar trabalhando, a fim de complementar o ganho – deve, ainda, continuar contribuindo para a previdência pela atividade que exerce.

A questão complexa surge quando o aposentado que continua o labor decide aposentar-se de vez, pois não há previsão legal de revisão do benefício e parece não ser adequado que o mesmo não receba proventos maiores pelo tempo que continuou contribuindo para o sistema previdenciário. É a chamada desaposentação.

O trabalho pretende demonstrar que não há óbices jurídicos para a admissão do novo instituto dentro do Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista a

natureza patrimonial disponível da aposentadoria, a ineficácia dos direitos hoje previstos aos aposentados que continuam no mercado de trabalho, a primazia da liberdade do indivíduo – sem que isso implique em desrespeito aos direitos coletivos -, bem como a soberania do princípio da dignidade humana.

## **2. DESAPOSENTAÇÃO**

A desaposentação é um instituto que permite ao aposentado que continua no mercado de trabalho recalcular o benefício, obtendo vantagem com a adição do tempo de contribuição. Todavia, com a ausência de previsão legal a respeito, o tema é polêmico no âmbito do Direito brasileiro.

### **2.1. Conceito e espécies**

Ao atingir os requisitos para a aposentadoria e requerê-la, é muito comum que o aposentado ainda continue trabalhando, seja na mesma função ou em diversa – opção não banida -, para isso deve contribuir. Em contrapartida, não recebe nenhum bônus pela contribuição recolhida, nem mesmo a revisão de seu benefício, embora tenha agregado tempo de contribuição, conforme será demonstrado ao longo deste capítulo.

Com a ausência de lei, os aposentados nessa condição despertaram o interesse dos juristas e começaram a buscar o judiciário para dirimir o assunto. Assim surgiu a desaposentação, nomenclatura convencionada pela doutrina e jurisprudência para referir-se ao ato de renúncia de uma aposentadoria, a fim de aproveitar o tempo de serviço prestado em diverso ou igual regime (RGPS ou RPPS) e ter o benefício reajustado. Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 46-8) menciona alguns autores que comungam desse conceito, são eles: Isabella Borges de Araújo, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, Fábio Zambitte Ibrahim, Hamilton Antronio Coelho, André Luiz Cazu e Hugo Goes.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça entendem a desaposentação da mesma forma, influenciando os demais tribunais do país, assim como os juizados e as turmas recursais. O Supremo Tribunal Federal declarou a repercussão geral do assunto e recentemente julgou a prática inconstitucional, conforme será analisado.

Dentre as várias classificações das espécies de desaposentação presentes na doutrina, para este trabalho será explorada a apresentada por Zambitte (IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, f. 37). Para ele existem dois tipos: para a averbação do tempo de contribuição em outro regime, ou no mesmo regime, ambos os tipos com o objetivo de obter benefício mais vantajoso.

Tendo em vista que a finalidade deste trabalho é analisar os aspectos atinentes à desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, as

considerações adiante figurarão na primeira espécie, isso é, nos casos em que o aposentado pelo RGPS renuncia a aposentadoria para somar tempo de contribuição e assim aposentar-se com o benefício recalculado, mais vantajoso, também no RGPS.

## 2.2. Possibilidade jurídica da desaposentação

De início, é importante frisar que a aposentadoria por invalidez é cancelada caso o segurado recupere sua capacidade para o trabalho, não configurando a desaposentação. O artigo 46 da Lei n. 8.213/91 é claro:

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data de retorno.

Para as outras espécies de aposentadoria a discussão é larga. O primeiro obstáculo defendido por aqueles que acreditam na impossibilidade jurídica da desaposentação reside no artigo 181- B, do Decreto n. 3.048/99:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou

II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

Marisa Ferreira dos Santos adverte que tais disposições não significam a proibição da desaposentação, porquanto só pode ser assim considerada com a existência de lei, e não imposta por mero decreto (SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquemático**. Coord. Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, f. 380).

As Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91, as quais tratam da regulamentação da previdência social, não proíbem a renúncia da aposentadoria, não poderia, portanto, um decreto dispor de forma diversa, ou ainda inovar a ordem jurídica infraconstitucional, eis que é papel da lei estabelecer obrigações, o decreto apenas dita o modo de cumprimento das mesmas (MANZIONE, Luiz. **Sinopses Integradas**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 135.). Outrossim, o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garante aos cidadãos que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Conquanto o direito de receber benefícios previdenciários seja revestido das proteções decorrentes da inclusão da previdência nos direitos sociais –

inalienabilidade, inviolabilidade, irrenunciabilidade, entre outros -, tais garantias foram instituídas para proteger o cidadão do Estado, tendo em vista o regime ditatorial antes vigente no país.

Ao sustentar sobre o sujeito passivo em relação aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012):

Quanto ao sujeito passivo, pode-se dizer que o Estado ocupa essa posição em todos os casos. De fato é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade.

Nesse ponto, conclui-se que o Poder Público não pode excluir o benefício a bel prazer, se preenchidos os requisitos legais. Todavia, o beneficiário tem o direito de manifestar interesse na renúncia dos proventos, não desvinculada de qualquer outro interesse senão o de aprimorá-los, afinal “o abandono do mínimo necessário à vida digna deve ser sempre algo fundamentado” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op cit, f. 38).

Defende-se, portanto, não a simples renúncia à aposentadoria, mas a fundada em vantagem para o segurado. Corroborando o entendimento, o artigo 7º da Carta Magna dispõe que além dos direitos nele elencados e da aposentadoria, outros podem existir, caso visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

A aposentadoria em si – ao contrário do direito de aposentar-se - é um direito pessoal do trabalhador e tem natureza patrimonial, portanto passível de renúncia. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, definem patrimônio como a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc.) ou incorpóreos (direitos autorais), e que vincula-se à personalidade do sujeito (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, f.423):

[...] é imperioso afirmar que o patrimônio representa economicamente a pessoa, vinculando-o, por conseguinte, à personalidade do seu titular, como forma de consubstanciar o respeito à dignidade humana, à honra, à vida, à saúde etc.

O patrimônio também é garantia dos credores, os quais podem optar pela via judicial em caso de inadimplemento do devedor, buscando a constrição de bens para satisfação da dívida. Os proventos da aposentadoria são definidos como absolutamente impenhoráveis pelo Código de Processo Civil (tanto no de 1975 - artigo 649, inciso IV - quanto no atual, de 2015 - artigo 833, inciso IV), porém hoje a jurisprudência e a doutrina admitem sua constrição.

A Lei n. 10.820/03, que trata sobre a autorização de desconto de prestações em folha de pagamento, estabelece no § 6º do artigo 5º a possibilidade de retenção de valores suficientes dos benefícios de aposentadoria e pensão do RGPS para o pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de

arrendamento mercantil, se assim autorizado pelo beneficiário.

Os ministros do STJ entendem que a impenhorabilidade definida pelo Código Processual Civil é relativa e deve ser avaliada conforme o caso concreto. Para ser concedida, a penhora deve respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e duração razoável do processo, além de não poder prejudicar a subsistência do segurado. A seguir um precedente do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DÍVIDA APURADA EM INVENTÁRIO. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE.

1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2.- A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA POSSIBILIDADE MEDIDA QUE ATENDE AOS RECLAMOS DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E AO PRINCÍPIO DE QUE A EXECUÇÃO SE DÁ NO INTERESSE DO CREDOR ART. 649, IV, DO CPC QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR RECURSO PROVIDO. Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. (STJ, REsp 1059781/DF). É possível a penhora de percentual de 20% dos proventos de aposentadoria do devedor, posto permitir a legislação o comprometimento e o desconto em folha de pagamento de até 30% dos vencimentos, legislação aqui aplicada por analogia, o que está compatível com a jurisprudência pátria dominante, principalmente numa situação em que o devedor chegou até a promover o levantamento de numerário outro que seria objeto de penhora, antes de sua efetivação, numa inequívoca demonstração de protelação em relação ao pagamento da dívida. (TJMS Agravo nº. 2010.008982-5. 5ª. TurmaCível. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva. Unânime. Julgado em 13.05.2010)

O Enunciado n. 70 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho defende a impenhorabilidade relativa da aposentadoria:

Execução. Penhora de rendimento do devedor. Créditos trabalhistas de natureza alimentar e pensões por morte ou invalidez decorrentes de acidente de trabalho. Ponderação de princípios constitucionais. Possibilidade.

Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente de trabalho (CF, art. 100, §1º-A), o disposto no art. 649, IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize seu sustento.

Verifica-se, portanto, que a aposentadoria tem caráter patrimonial. Assim, pode o beneficiário – além do fim legal instituído de sustentar-se com dignidade – dispor dela como bem entender, adquirindo bens ou mesmo doando os proventos, respeitada a regra do artigo 548 do Código Civil, o qual visa proteger o patrimônio mínimo do sujeito. A renúncia também é possível, se visar melhoria da condição social do trabalhador, conforme já abordado.

A teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, de Luiz Edson Fachin, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é relevante para o estudo da desaposentação, tendo em vista a percepção do esforço da Carta Magna em recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., f. 426):

Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana. Segundo Rizzatto Nunes, existem dois aspectos análogos mas distintos na dignidade humana, um inerente à pessoa, pelo simples fato de ser; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm de viver uma vida digna (NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

Para respeitar a dignidade humana, é preciso assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao caput do art. 225. Somem-se a isso os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra etc (NUNES, Rizzatto. Op. cit).

A liberdade (fundamental para a expressão da vontade de renunciar aos proventos e garantir a desaposentação) é hoje nominada “liberdade calculada”, face às análises dos eventuais riscos que podem ser gerados por determinada escolha, e substitui o livre-arbítrio, na tentativa de uniformizar a vontade dos indivíduos para preservar a segurança. No entanto essa tentativa de objetivação da pessoa é um

retrocesso, pois torna o mundo pouco humano, já que a perfeição não existe. Laura Souza Lima e Brito assevera ainda (BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos**: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013): “As pessoas não podem esperar apenas a próxima política pública da qual serão objetos. Elas devem ter condições de interagir e de contribuir – elas devem ser sujeitos.”.

A renúncia aos proventos com o objetivo de melhorar a condição social do aposentado é, portanto, exercício da liberdade definida na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental e direito inviolável, nos artigos 3º e 5º, respectivamente:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária. [...]

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Esse direito de renúncia para obter vantagem também representa aos idosos uma possibilidade de envelhecimento com maior segurança financeira, já que o salário família e a reabilitação profissional (prestações devidas aos aposentados que continuam a trabalhar no RGPS) citados no § 2º do artigo 18, da Lei n. 8.213/91, são incompatíveis com o verdadeiro cenário das aposentadorias.

O salário família é concedido àqueles que possuem dependentes menores de idade e a reabilitação profissional pretende inserir ou reinserir o trabalhador no mercado. É irrefutável que os aposentados em sua grande maioria são pessoas idosas, as quais já possuem filhos com idade mais avançada. Por sua vez, a reabilitação mostra-se ineficiente em razão das exigências do mercado de trabalho atual, principalmente pelo fator idade.

É importante lembrar o dever de o aposentado que permanece trabalhando no RGPS contribuir para a Previdência Social, segundo a Lei n. 8.213/91. Ora, se o legislador pretendeu dar deveres iguais para esses e para os trabalhadores que ainda não aposentaram, a fim de garantir o princípio constitucional da isonomia, é conflitante a designação de direitos ineficazes para a o trabalhador aposentado, que da mesma forma contribui.

A garantia de direitos eficazes para os trabalhadores aposentados (especialmente a desaposentação) não viola direitos dos demais segurados. O segurado que opta pela aposentadoria quando atinge os requisitos necessários e mesmo assim continua a trabalhar, já contribuiu para a previdência social por todo o tempo em que buscava o cumprimento das condições legais, tanto que a mesma lei que as define, autoriza sua aposentadoria bem como a permanência no trabalho, estando, assim, em pleno exercício regular do direito.

Em relação aos proventos, também não apresenta óbice, em razão do princípio da solidariedade, o qual justifica o modelo atual – de repartição simples,

conforme visto nos capítulos segundo e terceiro.

A desaposentação nem mesmo sobrepõe os direitos individuais sobre os transindividuais, em primeiro lugar porque a Constituição Federal de 1988 elenca como um dos fundamentos legais do Estado Democrático de Direito brasileiro os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em segundo lugar, o trabalho é resguardado como direito fundamental, que concretiza os direitos humanos, tendo em vista que através dele os cidadãos podem atingir uma boa qualidade de vida.

Por diversas vezes a Constituição Federal determina a valorização do trabalho, consoante pode ser visualizado nos artigos 1º, 5º, 7º, 170, entre outros. Estaria, então, a previsão de benefícios ineficazes para os aposentados que optam por continuar no mercado de trabalho, respeitando esses preceitos? A resposta é negativa. O trabalho deve ter seus valores preservados em qualquer circunstância, eis que diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a desaposentação é também um mecanismo de inclusão desses aposentados *suis generis*.

Até agora a desaposentação pode ser concluída como mecanismo pelo qual o aposentado que desenvolve atividade laborativa atinge a liberdade (caracterizada pela renúncia) e a segurança (melhor qualidade de vida na velhice). A união desses dois fins gera um outro direito fundamental, a felicidade, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, citando Feijó Coimbra: “Para Feijó Coimbra, a segurança é um dos termos do binômio que, com a liberdade, forma o sustentáculo da felicidade humana.” (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., f. 1).

É evidente, portanto, que a desaposentação é fundamental para materialização da dignidade humana dos aposentados que continuam a laborar (e contribuir para a previdência), os quais não tem hoje nenhum direito eficaz previsto em lei.

Em contrapartida, há discussão acerca do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, Cláusula Pétrea prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que justificaria o desfazimento pelo Poder Público apenas em caso de erro ou fraude na concessão da aposentadoria, afinal a aposentadoria é concedida por meio de ato administrativo. Como ocorre com as garantias dos direitos sociais, a proteção disposta no citado artigo visa proteger o cidadão do Estado, a fim de que não sejam violados os seus direitos básicos.

Fábio Zambitte Ibrahim alerta (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 51):

[...] as garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada visam assegurar a própria razão de ser do direito, que é a pacificação social, por meio da permanente intencionalidade do valor Justiça, e, justamente em razão deste componente valorativo, não devem tais prerrogativas transmutar-se em impedimentos insuperáveis à consecução de determinado propósito, em detrimento da coletividade.

O ato administrativo pode ser extinto por desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica ou pela retirada do ato, a qual ocorre pelas hipóteses de

revogação (conveniência e oportunidade da Administração), invalidação (em caso de ilegalidade), cassação (descumprimento de condições), caducidade (advento de norma jurídica que altera a admissibilidade da situação), contraposição (emissão de ato por outra autoridade administrativa) e renúncia (“extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato”) (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit., f. 455-6).

Verifica-se que a desaposentação não se enquadra em nenhuma das hipóteses supracitadas, mesmo na renúncia, tendo em vista não se tratar de extinção dos efeitos, mas de pretender a melhoria do valor do benefício a ser recebido, portanto alteração do ato administrativo (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, f. 92).

A alteração pode ocorrer por meio de novo ato que faz cessar os efeitos do anterior e se justifica pela constante necessidade de o Poder Público buscar a adequação à realidade social, até porque é objetivo maior do Estado - bem como princípio constitucional administrativo - o interesse público. Ademais, os processos administrativos previdenciários são ampliativos de direitos, devendo, portanto, serem levados a cabo para melhor garantia dos segurados (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Idem*, f. 92-3).

Hoje o argumento mais forte contra a desaposentação é exatamente esse, o ato jurídico perfeito, entretanto até mesmo pela via judicial o deferimento da desaposentação não configura exclusão de um direito ou de um ato da Administração Pública e sim adequação a um novo contexto social, que preza acima de tudo a dignidade da pessoa humana como propulsora do bem estar social.

Cumpra-se frisar que os ministros do Supremo Tribunal Federal já decidiram que a ação de desaposentação tem caráter personalíssimo, impossível de ser requerida pelos herdeiros do segurado, e para a existência de interesse de agir é necessário recorrer ao juízo (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014).

### 2.2.1. Lacuna legislativa

A ausência de previsão legal da desaposentação não representa óbice à sua possibilidade jurídica. A lacuna normativa é recorrente no Direito, tendo em vista que o Poder Público não prevê todos os fatos jurídicos e relações possíveis na sociedade – e nem conseguiria –, mais ainda, as alterações feitas de modo gradual não acompanham a velocidade das mudanças sociais.

Por vezes o Estado prefere negar direitos a adequar-se às novas demandas sociais (IBRAHIM, Fábio Zamitte. Op. cit., f. 70), o que no âmbito do direito constitucional é insustentável, porque os direitos constituídos como fundamentais não podem ser ignorados. Conforme explorado nos itens anteriores, a desaposentação carrega fortes valores, apresentando-se como mecanismo de alcance da dignidade humana.

O ordenamento jurídico traz meios de interpretação e integração da norma em caso de lacunas, consoante o artigo 4º da Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o qual determina o uso da analogia, costumes e princípios gerais do Direito. Isso porque é vedado ao magistrado afastar-se de seu dever de julgar em razão da falta de norma.

Na omissão da lei quanto à desaposentação, conflitam os princípios da legalidade na Administração, juridicidade e a legalidade destinada ao povo (estampada no artigo 5º, II, da CF).

Por um lado, tem-se o direito de o segurado requer a desaposentação, e de outro há o dever da Administração praticar somente atos que sejam expressamente permitidos em lei, todavia não se pode aceitar um paradigma normativo de estrito positivismo jurídico, devem ser levados em conta os valores e princípios (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 105-6). Sérgio Nascimento assevera (NASCIMENTO, Sérgio. Op. Cit., p. 156):

Ademais, o INSS é uma autarquia federal com o objetivo de concretizar um direito fundamental expressamente previsto no artigo 6º da Constituição da República, qual seja o direito à previdência social, não justificando, assim, interpretações que restrinjam esse direito fundamental.

Com o referido panorama, vem ganhando destaque o princípio da juridicidade, o qual exige uma atuação da Administração Pública conforme a unidade do Direito, incluindo normas constitucionais, princípios ou regras. Portanto, embora a desaposentação ainda não seja prevista em lei de modo expresse, há diversos argumentos, inclusive constitucionais – apresentados no item 4.2 – que permitem concluir por sua construção presumida, desde que não viole preceitos legais e constitucionais e ainda, que a sua vedação deveria ser expressa, e não a concessão (NASCIMENTO, Sérgio. Idem, f.105-6). Fábio Zambitte Ibrahim sustenta (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op cit, f. 70-1):

Ademais, não se pode alegar ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para sua vida, de ativo ou inativo, aposentado ou não aposentado. O princípio da dignidade da pessoa humana repulsa tamanha falta de bom senso, sendo por si só fundamento para a reversibilidade plena do benefício.

Com essa reflexão, é importante enfatizar que não é necessária a previsão expressa da desaposentação, eis que conforme asseguram os princípios e direitos básicos elencados na Constituição Federal ela é legítima. Ademais, a interpretação constitucional contemporânea é suficiente para a sua presunção, pois tem como objetivo aproximar-se da realidade social, possibilitando a construção de uma norma jurídica, nas palavras de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, f. 535-6):

[...] Assim, o ditame hoje consagrado de que “interpretação constitucional é concretização (‘Konkretisierung’). Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, é o que deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a ser ordenada. Assim, interpretação tem caráter criador: o conteúdo da norma só se torna completo com sua interpretação; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma”. Nas palavras de seu seguidor, Gomes Canotilho, a ideia de concretização, primeiramente esboçada por Konrad Hesse, pode ser assim explicada: “processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma completa – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico jurídico: é, no fundo, o lado ‘técnico’ do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção da norma jurídica”.

Cumprido frisar que o próprio artigo 7º da Carta Magna prevê a possibilidade de criação de qualquer outro direito que vise a melhoria da condição social do trabalhador, de modo que interpretação jurisprudencial e doutrinária a favor da desaposentação (a qual visa a construção normativa de acordo com a realidade social) tem embasamento constitucional.

### **2.2.2.. Legislação aplicável**

A legislação aplicável à nova aposentadoria, concedida por meio da desaposentação, deve respeitar o princípio do tempus regit actum, portanto será a vigente na data da concessão, independente de o segurado considerá-la melhor ou não. Isso porque a lei revogada não cria direito adquirido, logo não poderia o segurado adicionar tempo contributivo ao período adquirido na vigência da lei anterior (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p. 41-2).

Sob outra perspectiva, seria possível o segurado requerer a desaposentação apenas para aposentar-se segundo uma lei nova mais benéfica - sem o requisito do novo tempo contributivo a fim de garantir vantagem (próprio da desaposentação) -, o que não pode ser permitido, pois traz danos ao sistema. Segundo Fábio Zambitte Ibrahim “haveria evidente descompasso atuarial e financeiro, além de obstáculo insuperável para a melhoria das regras previdenciárias, pois todo o passado deveria ser revisto” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Idem, p. 42-3).

O referido autor ainda sugere um tempo mínimo de contribuição de um ano para que seja aceita a desaposentação, a ser definido pela eventual previsão em lei ou mesmo pela jurisprudência, a fim de evitar o manejo indevido do instituto em análise.

### 2.2.3. Restituição dos valores percebidos na primeira aposentadoria

A restituição dos proventos recebidos na primeira aposentadoria é outra questão ainda muito polêmica. Alguns juristas acreditam na necessidade de devolução integral dos valores, justificando o entendimento na dupla onerosidade da autarquia, sendo o efeito ex tunc o mais apropriado, já que confere o status quo ante entre as partes (TRF-2 - REEX: 201150010048734, Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 26/06/2013, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 30/07/2013).

A Turma Recursal do TRF da 4ª Região editou súmula nesse sentido: “**Súmula nº 3:** O tempo de serviço prestado após a aposentação somente poderá ser contado para concessão de nova aposentadoria se houver renúncia ao benefício ou desaposentação, com restituição de todos valores já recebidos.”.

O entendimento preponderante é no sentido da desnecessidade da restituição dos proventos obtidos na primeira aposentadoria (STJ - AgRg no REsp: 1335558 RS 2012/0148560-8, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 15/05/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014), porquanto o objetivo principal da desaposentação é obter benefício mais vantajoso sem invalidar o passado. Nesse sentido, o efeito ex nunc é o mais adequado. Fábio Zambitte Ibrahim alerta que a devolução seria “uma obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária”.

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região defende que a restituição de todo o valor embolsado seria inviável (TRJEF – TRF-3 – Recurso inominado, processo n. 0002018-39.2013.4.03.6201. Relator: Juiz Federal Ronaldo José da Silva. Data de julgamento: 09/09/2015, TURMA RECURSAL, data da publicação: 16/09/2015):

O montante da dívida seria disparate e, aliado à provável expectativa de vida do beneficiário, tornaria ineficaz o deferimento da desaposentação, pois a compensação dos valores comprometeria benefício que tem por escopo prover as necessidades básicas do indivíduo.

A desaposentação não é fruto das aposentadorias precoces, decorre, sobretudo, da falta de confiança no sistema previdenciário – sucessivas reformas, retirada e diminuição de direitos etc (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 96). Além disso, configura mero recálculo do valor da prestação em razão de novas cotizações do segurado, portanto desnecessária a cobrança de valores fruídos no passado (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 96).

### 2.2.4. Manutenção do equilíbrio atuarial

O equilíbrio atuarial é disposto no artigo 201, caput, da CF, como critério a ser observado na organização do sistema previdenciário, de modo que seja sustentável.

Nessa seara, o princípio da solidariedade, conforme já abordado, exerce papel fundamental, pois afirma a necessidade do custeio por toda a sociedade, não apenas por seus beneficiários imediatos (STF. RE 661256 RG / DF. Voto do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141010-01.pdf>. Acessado em 14.12.2015).

A solidariedade pressupõe bilateralidade, pois do mesmo modo que o segurado é obrigado a contribuir para custear os benefícios oferecidos pela Previdência Social, também lhe é assegurado o direito de ter seu benefício custeado pelos demais segurados quando não mais puder trabalhar.

A exigência de fonte de custeio total, estabelecida no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, não interfere na desaposentação, porquanto não gera gasto extra ao erário. Como já mencionado, o segurado abre mão de receber uma aposentadoria, a fim de receber outra mais vantajosa, pela qual contribuiu todo o tempo, por meio da contribuição obrigatória definida no artigo 11, § 3º da Lei n. 8.213/91.

Assim, essa nova cotização gera excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 59).

### **2.2.5. Veto**

Recentemente (05.11.2015) a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 13.183 de 2015 (Medida provisória 676) cujo teor alterou alguns dispositivos das Leis n. 8.212/91 e 8.213/91, entre eles, as regras da aposentadoria por tempo de contribuição no que concerne ao fator previdenciário. Todavia, o artigo 6º da Lei n. 13.183/15, que pretendia garantir ao segurado o recálculo da aposentadoria após sessenta novas contribuições, foi vetado. Nas razões do veto, a presidente alegou:

As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada 'desaposentação', que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1o, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm). Acessado em 11.12.2015).

Também é alegada a existência de um rombo na Previdência Social, que cada dia é atualizado pelo governo, fala-se em dezenas de bilhões de reais. Não obstante, esse rombo não emergiu agora; logo após a promulgação da Constituição Cidadã é possível vislumbrar um descompasso no sistema. Segue trecho do livro Constituição: legalidade versus realidade, de Paulo Martinez, publicado em 1991 (MARTINEZ,

Paulo. **Constituição**: legalidade versus realidade. São Paulo: Moderna, 1991, f. 37-8):

O que provoca sangrias no erário da Previdência e eleva o custo social do sistema são as fraudes que a rodeiam, a má aplicação dos recursos e a impunidade dos empresários que não cumprem seus deveres para com a instituição. [...] Por todos os meios possíveis, a sociedade tem de pagar o enriquecimento ilícito dos desonestos, acobertados na incapacidade ou na cumplicidade dos que exercem o poder público.

Ao longo do tempo muitas alterações foram feitas no âmbito da previdência, entretanto ainda há muito que ser aprimorado. A Carta Maior garante aos cidadãos direitos superiores a qualquer dificuldade econômica sofrida pelo Poder Público, entende-se aqui que se o governo decidiu resguardar prerrogativas no dispositivo que rege todo o sistema do Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

O veto ao dispositivo que permitiria a desaposentação é um retrocesso e expõe o verdadeiro cenário do Brasil como um país em desenvolvimento, caracterizado por instabilidade política e econômica e que, em razão disso, coloca a população em risco e mitiga seu direito básico - o de viver com qualidade, respeitando as diretrizes dos direitos da pessoa humana -, além de violar o maior instrumento legal brasileiro, a Constituição Federal.

Diversos países adotam a prática do recálculo do benefício em comento, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 88-9). Interessante mencionar um julgado do Tribunal Constitucional português, no qual os ministros negaram a incidência de contribuição nos benefícios que pretendia a manutenção da seguridade social, mesmo em meio à crise econômica, alegando que o princípio da segurança jurídica não poderia sucumbir ao apelo econômico de redução de despesas a curto prazo (Portugal. Tribunal Constitucional. Processo n. 819/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Acórdão nº 575/2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html?impressao=1>. Acessado em 11.12.2015):

[...] Por outro, e essencialmente, a pensão é, em si e por si, objeto de especial proteção constitucional. Considero, por isso, que a CS afeta negativamente, de forma duradoura, um direito social, com consagração constitucional expressa no artigo 63.º (direito à segurança social) e 72.º (direito à segurança económica das pessoas idosas), que é, enquanto tal, um direito fundamental (e não um mero direito derivado a prestações; sendo, antes, um direito que permite acesso a bens na qualidade de direitos fundamentais, como bem salienta Reis Novais, «O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira», [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt), p. 3). Direito que é resistente à lei, salvo em condições extremas, devidamente fundamentadas. A posição jurídica protegida pelo direito à pensão é especialmente tutelada quando, como no caso, estamos perante um direito já consolidado na esfera jurídica do

titular (são pensões já em pagamento), e não perante um direito ainda não constituído. Enquanto direito fundamental, as expectativas de que não sofrerá alteração – reduzindo-se a pensão, por exemplo – são ancoradas numa proteção que resulta da sua previsão na Constituição (mesmo que o seu quantum seja fixado na lei), ou seja, a sua vinculatividade jurídica tem força de direito fundamental.

Assim sendo, para que uma intervenção restritiva do direito à pensão possa ter lugar – também, quando afeta o seu quantum, designadamente em virtude da reserva do financeiramente possível - o legislador terá de respeitar os princípios constitucionais estruturantes, mas terá ainda de apresentar uma justificação suficientemente robusta, opção que será sindicável pelo Tribunal Constitucional. (sic) [...]

Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais não podem ser mitigados quando confrontados com questões políticas ou financeiras.

### **2.2.6. Julgamento da inconstitucionalidade**

Em outubro de 2016 os ministros do STF encerraram o julgamento da Repercussão Geral (RE 661256 RG / DF) sobre a desaposentação, concluindo por sua inconstitucionalidade. À favor da desaposentação votaram os ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandoski, contra, votaram os ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmas Mendes, Celso de Mello e Cármem Lúcia.

Em síntese, por maioria firmou-se o entendimento de que não há vedação constitucional, mas sim infraconstitucional, o artigo 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, o qual garante apenas o salário família e a reabilitação profissional. Conforme analisado, tal dispositivo é incompatível com o verdadeiro cenário das aposentadorias e não traz qualquer benefício palpável aos aposentados. Entretanto, diante do julgamento, a desaposentação atualmente só é viável caso haja alteração legislativa no artigo mencionado.

Quanto à devolução dos valores recebidos, o STF apreciará o tema no julgamento dos embargos de declaração.

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade, pelo argumentos expostos no decorrer do trabalho grande parte dos juristas ainda entendem que há possibilidade jurídica para a desaposentação no RGPS, entretanto até a promulgação de lei regulamentadora, estão vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal.

## **3. CONCLUSÃO**

Neste trabalho foi abordada a desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, um instituto ambíguo para o Direito, que se caracteriza pela renúncia do benefício de aposentadoria (no RGPS) para a aquisição de uma nova

(também no RGPS), mais vantajosa, mediante acréscimo de tempo de contribuição – podendo resumir-se ao recálculo dos proventos. Apesar dos debates que a cercam e da decisão final do STF, a análise realizada nesta obra permite concluir pela sua possibilidade jurídica.

Conforme aludido, a desaposentação já é prevista na legislação de diversos países, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha. No Brasil, face à ausência de norma específica sobre o tema, muito se discute sobre sua legalidade e possibilidade e, atualmente, todo o Poder Público está vinculado à sua declaração de inconstitucionalidade.

Analisando o sistema constitucional brasileiro vigente, conclui-se que as proteções contidas na Carta Magna objetivam proteger o cidadão do Estado, de modo que o princípio da legalidade da Administração Pública, o ato jurídico perfeito e a proteção ao direito adquirido não podem ser interpretados em desfavor do cidadão, sob pena de distanciar-se da realidade e omitir o bem estar social pretendido pelo Poder Constituinte.

Não há que se falar, ainda, em pretensa superioridade dos direitos individuais sobre os coletivos, porquanto o aposentado que continua trabalhando está em pleno exercício regular de direito (resguardado pelo §3º do artigo 11 da Lei n. 8.213/91), sem causar prejuízos a terceiros, eis que a desaposentação não gera gastos ao erário, mas sim excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício. Além disso, o segurado tem direito a ter seu benefício custeado quando não mais puder trabalhar, da mesma forma que arcava com os benefícios dos demais segurados do sistema, enquanto contribuía, devido à bilateralidade advinda do modelo solidário de repartição simples.

Há diversas outras justificativas constitucionais não enfrentadas pela doutrina minoritária (contra a desaposentação), as quais, contudo, são imprescindíveis para sua análise, dentre elas podem ser destacados os direitos ineficazes previstos para os aposentados ativos no mercado de trabalho, na Lei n. 8.213/91. O salário família e o direito a reabilitação profissional não são compatíveis com o cenário dos aposentados, já em idade avançada; mais ainda, essas garantias vãs desrespeitam dispositivos constitucionais de valorização do trabalho e, com isso, a própria dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a desaposentação é um exercício de liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito, a qual visa a segurança financeira do aposentado, portanto mecanismo de concretização de seus direitos fundamentais. Negá-la, por conseguinte, é violar todo o sistema idealizado pela Constituição Federal de 1988.

Devido à omissão legislativa sobre a desaposentação, restou ao Poder Judiciário dirimir a controvérsia. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela Repercussão Geral do assunto e, recentemente, declararam sua inconstitucionalidade. Entretanto, é notório que tal decisão foi pautada em cenários políticos e econômicos caóticos da atualidade.

Cumprе frisar que nenhuma dificuldade financeira ou política deve ser sobreposta aos direitos fundamentais protegidos pela Magna Carta, pois se o governo decidiu resguardar garantias no instrumento que rege todo o sistema do

Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 nov. 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil, 25 mar. 1824.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 jul. 1934.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo 4.682, 24 de jan. 1923.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.048, 6 mai. 1999.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.820. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990, retificada em 19 abr. 1991 e republicada em 18 mar. 1998.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.213. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 1991, republicada em 11 abr. 1996 e 14 ago. 1998.

BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. OIT, 13 abr. 1948.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 dez. 1948.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1.13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOES, Hugo Medeiros; **Manual de direito previdenciário: teoria e questões.** 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação.** 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZIONE, Luiz. **Sinopses Integradas.** Campo Grande: Contemplar, 2013.

MARTINEZ, Paulo. **Constituição: legalidade versus realidade.** São Paulo: Moderna, 1991.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NASCIMENTO, Sérgio do. **Interpretação do Direito Previdenciário.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei 8213/91, de julho de 1991.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado.** Coord. Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRATADO DE VERSALHES, 28 jun. 1919.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**ABSTRACT:** The “desaposentação” is an institute without legal regulations, characterized by the resignation of retirement and subsequent recalculation of

benefit, in relation to the increase of contribution time. This work intends to analyze the “desaposentação” under the General system of Social Security in which the pensioner is required to contribute if you continue working, as well as demonstrate your legal possibility. The arguments against your grant will be rebutted with fulcrum on the Brazilian Federal Constitution of 1988 in order to glimpse the Office in question is legitimate and therefore chargeable for retirees to remain in the labour market. The background can be summed up to higher and unquestionable guarantee - and foundation of constitutional democratic State of law -, the dignity of the human person. As will be demonstrated, notwithstanding the recent veto of the law on “desaposentação” and the trial of unconstitutionality, There are no obstacles for your grant. In addition, no financial obstacle must outweigh the fundamental rights of the person.

**KEY-WORDS:** 1. Desaposentação. 2. General System of Social Security. 3. Federal Constitution. 4. Dignity of the human person.

## **CAPÍTULO XXIII**

### **PRECEDENTES VINCULANTES À BRASILEIRA: DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À SUA EFETIVAÇÃO**

---

**Guilherme Mungo Brasil**

## PRECEDENTES VINCULANTES À BRASILEIRA: DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À SUA EFETIVAÇÃO

**Guilherme Mungo Brasil**

Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD  
Dourados/MS

**RESUMO:** O Novo Código de Processo Civil positivou entre nós um sistema de precedentes vinculantes. Esse sistema visa ao aprimoramento da prestação jurisdicional no país, mitigando os efeitos da crise observada no Poder Judiciário brasileiro ao tentar garantir a igualdade e a segurança jurídica entre os jurisdicionados. Ocorre que esse sistema, inspirado naquele próprio dos países da common law, não será assimilado de forma serena e sem sobressaltos por nós. Em nosso “brazilian law”, uma fusão à brasileira de institutos e expedientes oriundos das tradições romano-germânica e anglo-saxônica, para que haja respeito à autoridade vinculante dos precedentes, será necessário que exista um instrumento capaz de ilidir atos judiciais irreverentes: a reclamação. Nesse contexto, a partir dos estudos já realizados a respeito dos precedentes vinculantes brasileiros e de acordo com a nova legislação, buscamos delimitar os benefícios e malefícios do sistema, concluindo que se trata de ferramenta útil aos fins que se propõem. Igualmente, do exame da legislação pertinente e da doutrina construída a respeito da reclamação, verificou-se a necessidade de se garantir a plena eficácia desse instrumento processual para que não sejam ofuscados os benefícios de um sistema de precedentes vinculantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Novo Código de Processo Civil; precedente; efeito vinculante; reclamação.

### 1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil foi instituído pela Lei n. 13.105/2015, cujas disposições põem luz sobre um tema até então pouco explorado na ciência jurídica brasileira e, não obstante, deveras inquietante: a força vinculante do precedente judicial.

Em linhas gerais, restou positivado em nossa ordem que a razão de decidir de determinadas decisões proferidas por tribunais – assim como suas súmulas – deverão ser obrigatoriamente seguidas pelos mesmos órgãos jurisdicionais e pelos inferiores sempre que os fundamentos determinantes da decisão do caso a ser julgado guardar semelhança com o daquele que originou a decisão paradigma. É dizer, em dadas hipóteses, o Direito pátrio passou a emprestar aos precedentes judiciais efeito vinculante (binding authority), à semelhança daquilo que se observa nos países de tradição jurídica anglo-saxônica (common law), mutatis mutandis.

A adoção de um sistema de precedentes vinculantes pode garantir ao jurisdicionado o efetivo respeito de seus direitos à igualdade e à segurança jurídica, além de assegurar a coerência interna da ordem jurídica. Isso porque tal sistema

evita que cidadãos envolvidos em lides que encerram idêntico quadro fático, ao se socorrerem do Poder Judiciário, tenham cada qual decisões distintas e variáveis de acordo com o julgador.

Ocorre, todavia, que a cultura jurídica brasileira se formou com sólidas bases romano-germânicas (civil law) e, conquanto tenha absorvido ao longo do tempo institutos próprios da tradição anglo-saxônica (common law), configurando o que se pode chamar de “brazilian law”, não está adequadamente familiarizada com um sistema que garanta eficácia vinculante a determinadas decisões judiciais.

A questão que se coloca, contudo, é: a cultura jurídica brasileira está preparada para assimilar uma dinâmica de precedentes vinculantes e dela extrair o máximo de seus benefícios?

O presente trabalho analisará a implantação do sistema de precedentes no Brasil, sob o enfoque do Novo Código de Processo Civil, discorrendo a respeito das tradições dos sistemas de common law e civil law, bem como de sua efetividade sob o aspecto da Reclamação.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES IDELIZADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A intenção de se instituir no Brasil uma dinâmica de respeito aos precedentes parte da percepção de que a tutela jurisdicional prestada no país é, em geral, de baixíssima qualidade. A jurisdição é incoerente e, por isso, a forma com que é prestada não respeita direitos fundamentais básicos dos jurisdicionados, notadamente – repise-se – a isonomia e a segurança jurídica. O escopo do sistema de precedentes vinculantes é, pois, alterar esse quadro, aprimorando-o.

### **2.1. Da Crise**

A prestação jurisdicional no Brasil de hoje é caótica. Nossa Justiça é maculada por dois processos interdependentes e que se alimentam de forma simultânea: a crise da Justiça e a crise de Justiça (WOLKART, 2015, p. 417).

A crise da Justiça, perceptível em um prisma macroscópico, repousa na deficiência gerencial do Estado brasileiro e, nessa medida, é compartilhada pelas demais funções estatais. O Brasil sofre da incompetência executiva na desincumbência de tarefas básicas do Estado Social propostas pela atual ordem constitucional. Conforme Wolkart (2015, p. 417), essa incompetência é percebida no Poder Judiciário, em especial, na “(a) insuficiência tecnológica; (b) má-gestão de recursos financeiros e humanos; (c) deficiência técnica de parte do corpo de magistrados e servidores; (d) influência política nas decisões, principalmente das Cortes Superiores, e (e) corrupção”.

Em decorrência da má administração da máquina pública e, em especial, da

ineficiência na resolução administrativa de conflitos entre Estado e indivíduo<sup>48</sup>, todas as instâncias do Poder Judiciário são abarrotadas por uma quantidade sobre-humana de processos. Essa falha de quantidade acarreta, conseqüentemente, uma falha de qualidade na prestação jurisdicional.

Também por essas razões, num aspecto interno à função típica de julgar, o Poder Judiciário nacional se mostra incapaz de dar respostas adequadas aos mais singelos conflitos, gerando a crise de Justiça.

Nesse particular, percebe-se que temos uma igualdade meramente procedimental; e não material. Nessas condições, ao julgar, não está o órgão jurisdicional efetivamente obedecendo ao princípio da isonomia, ou, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 577), o magistrado “não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir”. São lapidares, a esse propósito, as seguintes palavras desse doutrinador:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei. (MARINONI, BARBOSA, 2012, p. 11).

Demais disso, nesse cenário, não se garante de forma cabal ao jurisdicionado a estabilidade e a previsibilidade ínsitas ao princípio da segurança jurídica. À falta de certeza sobre como procederá o magistrado quando da apreciação de determinado caso, não tem o cidadão condições plenas de prever as conseqüências jurídicas de determinados atos e, por conseguinte, de reconhecer seus próprios direitos<sup>49</sup>.

Sucedo que não é apenas em relação ao passado que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em

---

<sup>48</sup> Acaso o Estado brasileiro desse solução administrava adequada às questões que lhe são postas, de forma a desestimular a cultura de litigância que há entre nós, certamente não seria a administração pública – relativa a todos os entes federados – a maior litigante do país, inclusive demandando a existência de varas judiciais dedicadas exclusivamente às Fazendas Públicas.

<sup>49</sup> “Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania” (MARINONI, BARBOSA, 2012, p. 565).

consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. (DIDIER JR, 2011, p. 397).

A análise dos problemas em questão transcende a ciência jurídica, chegando a outras áreas do conhecimento humano, como a sociologia, a antropologia, a política, v.g. Cabe a nós, cingidos ao recorte teórico deste estudo, avaliar se a multicitada reforma da lei processual teria o condão de atenuar as eivas brevemente expostas.

## 2.2. Da possível solução

Acreditamos ser a adoção de um sistema de precedentes vinculantes o bálsamo às patologias jurídico-sociais indicadas. Como tal, esse sistema surge com a pretensão de erradicar a doença, mas pode se mostrar útil, ainda que em menor medida, acaso resulte na redução dos sintomas.

No ponto, com Karl Larenz, citado por Didier Jr. (2011, p. 387), deve-se conceituar o precedente como “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida por um tribunal noutra caso”.

Em complemento à lição do renomado mestre alemão, impende considerar que o precedente é uma decisão judicial qualificada, detentora de um aspecto positivo e outro negativo. Para que a decisão judicial se revista da qualidade de precedente, deverá necessariamente decidir questão de direito em sua *ratio decidendi* (condição positiva), não se configurando como tal se se limitar a afirmar a letra da lei (condição negativa), hipótese em que sequer há significativa atividade cognitiva e interpretativa do magistrado. Conforme Luiz Guilherme Marinoni:

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica como determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. (MARINONI, 2013, p. 214).

Em suma, pois, o precedente judicial é uma decisão cuja razão de decidir<sup>50</sup> tem aptidão de ser paradigma para posterior solução de casos parecidos com aquele lhe deu origem.

O sistema de precedentes, nessa linha, pressupõe que tal paradigma seja

---

<sup>50</sup> “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa a regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.” (TUCCI, 2004, p. 175).

obrigatoriamente seguido pelo próprio órgão jurisdicional prolator da decisão (eficácia horizontal) e por aqueles que lhes são inferiores (eficácia vertical). Trata-se da noção de *stare decisis*, assim explicada por José Rogério Cruz e Tucci:

A moderna teoria do *stare decisis* (...) informada pelo princípio do precedente (vertical) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio inicialmente cogitada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que (...) escreveu: “O nosso sistema de Common Law consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência”. (TUCCI, 2004, p. 160).

Nessa ordem de ideias, a Lei n. 13.105/15, em seu Livro III, Título I, Capítulo I, incorporou ao cenário jurídico nacional a força vinculante do precedente:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...)

Fixadas essas premissas, deve-se pôr em relevo que esse sistema de precedentes vinculantes busca garantir acima de tudo a coerência da ordem jurídica, prestando-se ao aperfeiçoamento dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Isso ocorre ao se tratar de forma igual casos iguais (*treat like cases alike*).

Há, no ponto, mais um princípio que ganha força a partir desse sistema, qual seja, o da confiança. Para que exista segurança jurídica, há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade. A previsibilidade obviamente depende da confiança, pois não há como prever sem confiar. Dessa relação circular entre confiança e previsibilidade, extrai-se o princípio da confiança, fortemente presente no *common law* e, atualmente, entre nós. Desse princípio decorre a confiança na magistratura, com a valorização do juiz de primeiro grau, além do respeito aos precedentes.

Deveras, o sistema de precedentes vinculantes delineado pelo Novo Código de Processo Civil visa a evitar – ou, quando menos, mitigar – uma realidade jurídica na qual é comum que jurisdicionados envolvidos em lides idênticas, ao submeterem sua demanda ao Poder Judiciário, tenham cada qual soluções distintas a suas quezílias. Busca, pois, o arrefecimento das mencionadas crise de Justiça e crise da Justiça.

Nesse mesmo diapasão, a par do respeito à igualdade e à segurança jurídica – nela compreendida a tutela da confiança – proporcionados, pode-se considerar que a vinculação das instâncias inferiores às superiores garante a racionalização do duplo grau de jurisdição, tornando-o mais lógico e coerente. Não havendo essa vinculação, e podendo o magistrado de grau inferior decidir de maneira diversa do entendimento da corte superior, obrigar-se-á a parte a recorrer com o único fito de ver a decisão a quo se alinhar com a posição do órgão ad quem, que, desde o início, deveria definir o caso.

Nesse caso, como é óbvio, além de se agravar, desnecessariamente, a carga de trabalho do tribunal – em total descaso com a eficiência e a economia da administração da justiça –, prejudica-se irracionalmente não só a parte cujo direito já foi reconhecido pelo Judiciário, mas, o que é ainda pior, também a parte que se comportou de acordo com a orientação do tribunal superior e nela depositou sua expectativa.

Ora, se a decisão do tribunal superior previamente fixa o resultado da demanda, na medida em que o processo pode terminar em tal tribunal, dependendo exclusivamente da interposição de recurso, não há como admitir que o tribunal inferior possa decidir de forma diferente. (MARINONI, 2013, p. 183).

Ainda nesse sentido, se se impede que a parte tenha de recorrer apenas para fazer valer a posição do tribunal superior, vinculando a atuação do órgão jurisdicional inferior à do superior, obsta-se que o processo tramite desnecessariamente por mais tempo, perfazendo, por vezes, morosa via-crúcis com início no juízo singular e fim no Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o sistema de precedentes contribui para a efetivação do princípio da duração razoável do processo, bem assim concorre para que haja economia de despesas judiciais.

À guisa de exemplo, convém conferir o interessante levantamento feito por Gustavo Santana Nogueira a esse respeito quanto à desmedida recorribilidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e seu possível arrefecimento por meio da obediência aos precedentes:

No STJ (...), há dados relevantes acerca do ano de 2008, como por exemplo:

Taxa de recorribilidade interna em acórdãos publicados: 37,07%

Taxa de recorribilidade interna em decisões unipessoais: 20,97%

Taxa de recorribilidade externa (recursos extraordinários – STF): 12,34%

Taxa de recorribilidade externa em decisões denegatórias de RE: 68,42%

Em 2008 o STJ julgou 354.042 processos, sendo 106.984 recursos especiais, 121.106 agravos de instrumentos, 51.195 agravos

regimentais, entre outros. O tempo de duração de um processo no referido Tribunal, entre a distribuição e a baixa/arquivamento é de 470 dias para um recurso especial, 215 dias para um agravo de instrumento e 157 dias para um agravo regimental.

(...) Sabe-se que o Ministro relator, nos termos do arts. 38 da Lei n° 8.038/90 e 557 do Código de Processo Civil, pode julgar um recurso monocraticamente se a sua decisão for respaldada em precedentes, e os dados estatísticos revelam que a quantidade de decisões monocráticas é significativamente superior se comparada com a quantidade de decisões colegiadas. A 1ª Seção do STJ, por exemplo, julgou em 2008 5.012 processos monocraticamente através dos relatores, enquanto que as decisões colegiadas do órgão foram 1.939. A mesma proporção se repete nas demais Seções, nas Turmas e na Corte Especial. Isso nos mostra que o julgamento monocrático transformou-se de exceção em regra.

A taxa de recorribilidade das decisões monocráticas ficou em 20,97%, o que significa que o (bom) uso dos precedentes pode contribuir para uma maior celeridade, pelo menos no STJ, onde [SIC] existem dados estatísticos revelando o que se passa no Tribunal. Assim sendo, suponhamos que em um ano a 1ª Turma do STJ receba 30.000 processos. Desses 30.000, aproximadamente 20.000 serão julgados monocraticamente (...) e 10.000 serão remetidos ao colegiado.

Dessa forma podemos afirmar que os 20.000 processos julgados monocraticamente são causas que têm similitude com outras que já foram julgadas anteriormente e que produziram precedentes (...). Os outros 10.000 remetidos ao colegiado servirão para formar precedentes para o futuro, e certamente contribuirão para que mais na frente tenhamos uma quantidade maior de julgamentos monocráticos, sem a necessidade de provocar a reunião do colegiado. (NOGUEIRA, 2013, p. 87-88).

Ademais, ao vincular a atuação dos magistrados, em órgão singular ou colegiado, ao precedente, está-se a garantir a imparcialidade do julgador.

Imaginemos a existência de um precedente, vinculante ou não, sumulado ou não que expressa o seguinte entendimento: é legítima frente à Constituição e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos a prisão civil do devedor de alimentos. (...)

Caso o juiz, o mal juiz, diga-se de passagem, resolva ceder à pressão, tentado pela vantagem que lhe foi prometida ou já entregue, queira livrar o devedor da prisão, ele terá que contrariar os precedentes, sendo que a situação se agrava se o próprio juiz já tiver decidido casos semelhantes no mesmo sentido dos precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 83).

Outrossim, com a padronização da atuação do Poder Judiciário, o que garante a previsibilidade das decisões e torna factível que o jurisdicionado tenha real expectativa na forma com que será julgado seu caso, ocorre o desestímulo à litigância judicial<sup>51</sup>. Pela mesma lógica, pode-se afirmar que a previsibilidade das decisões, de modo a ser possível às partes prever com segurança o desfecho de suas

---

<sup>51</sup> “A previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. ” (MARINONI, 2013, p. 179).

pretensões judicializadas, favorece a realização de acordos.

Isso porque, em um sistema jurídico em que nunca se tem certeza sobre o modo de solução da lide, tendo o indivíduo mínimas chances de êxito, por vezes, convir-lhe-á o manejo de ação judicial. Trata-se de raciocínio idêntico ao do apostador de loteria. Entretanto, se houvesse efetiva previsibilidade quanto ao posicionamento do julgador, saber-se-ia, de antemão, com significativo grau de certeza, o malfadado destino da pretensa demanda, dissuadindo-se, então, seu ajuizamento, mormente porque a litigância judicial possui profundas implicações pessoais e econômicas. Noutro falar, se o apostador soubesse desde logo que não se sagraria vencedor, a aposta não teria razão de ser.

Não obstante, colhem-se argumentos contrários ao a um sistema jurídico que garanta força vinculante ao precedente

Deveras, em uma análise superficial, pode-se imaginar que a rígida uniformização da atuação do Judiciário, inerente à força obrigatória do precedente, poderia acarretar um óbice à evolução e à adaptação temporal do direito.

Esse raso raciocínio, à evidência, parte do pressuposto de que, uma vez fixado determinado precedente, seria ele imutável, devendo, portanto, ser seguido indefinidamente. No entanto, a força vinculante dos precedentes não é – tampouco deveria ser – absoluta. Há em um sistema de precedentes mecanismos que visam à modificação daqueles que não se afiguram a melhor solução para o caso, seja porque houve vício em sua origem, seja porquanto não mais se coadunam com a lei, ou mesmo com a ordem social, política, econômica ou qualquer outro aspecto da vida humana com o condão de influir no Direito<sup>52</sup>. Conforme Luiz Guilherme Marinoni:

(...) no direito brasileiro, firmada uma cultura precedentalista, a revogação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caberá respectivamente a cada um destes tribunais. E isso será imprescindível ao se ter fortes e convincentes fundamentos da inviabilidade da perpetuação dos precedentes em face da mutação da realidade ou dos valores sociais (MARINONI, 2013, p. 193)

Há quem diga, outrossim, que a rigidez da força vinculante do precedente mostra-se um empecilho à efetivação da igualdade substancial<sup>53</sup>, uma vez que não possibilitaria o tratamento diferenciado de casos que, por sua dessemelhança com o quadro fático que pressupõe a aplicação do precedente, não poderiam ser tratados

---

<sup>52</sup> Não é outra a função do *overruling*, do *overriding* e do *signaling*. Em linhas muito gerais, o primeiro instituto consiste na substituição total do precedente por outro que represente a melhor solução para o caso, quando o paradigma está obsoleto e desfigurado, é absolutamente injusto e/ou incorreto ou se revela inexecutável na prática (DIDIER, 2011, p. 406); o segundo, na substituição parcial do precedente, pelas mesmas razões; o terceiro, na revogação do precedente (*overruling* ou *overriding*) para o futuro, por razões de segurança jurídica.

<sup>53</sup> Conquanto se trate de noção elementar, não é demais lembrar que, conforme a igualdade substancial, ou aristotélica, todos devem ser tratados de forma igual, na medida de sua igualdade, e de modo desigual, na medida de sua desigualdade.

de maneira uniforme. Porém, olvidam os que assim argumentam que “respeitar precedentes não redundam – nem jamais redundou – numa obrigação de aplicá-los de forma irrefletida” (MARINONI, 2013, p. 194), de sorte que, inclusive, a dinâmica de precedentes vinculantes traz consigo a técnica do *distinguishing*<sup>54</sup>, que justamente impede que seja o precedente aplicado a casos que encerram plexo fático diverso do paradigma.

Por outro lado, para a clássica tripartição das funções do Estado, concebida inicialmente por Montesquieu em seu “Do Espírito das Leis”, ou mesmo para sua moderna evolução, que considera a distribuição orgânica das funções estatais, realizadas em simbiose por todos os “poderes”, e à luz do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a possibilidade de o Judiciário veicular disposições com o condão de vincular de maneira geral todos os seus membros poderia configurar violação à separação dos poderes. Luiz Guilherme Marinoni, porém, vai ferrenhamente de encontro a esse raciocínio:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problemas na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário. Nesta dimensão, aliás, obviamente também não há como afirmar que a súmula vinculante, por ter eficácia que incide além do Poder Judiciário, viola a separação dos poderes. (MARINONI, 2013, p. 202)

Entendemos, também nesse sentido, que a força vinculante do precedente não faz com que o Poder Judiciário usurpe função precípua do Legislativo. Isso porque, sobretudo, o precedente não se sobrepõe à lei, mas, em regra, partindo da norma nela veiculada, constrói sua *ratio decidendi*, ou, na sua falta – e somente nessa hipótese –, cria situação reguladora do caso concreto. Há, pois, relação de harmonia, e não de sobreposição, entre precedente e lei.

Diante do brevemente exposto neste item, não resta conclusão afora a de que, realmente, o sistema de precedentes vinculantes adotado pelo Novo Código de Processo Civil merece aplausos, tendo reais condições de aprimorar a prestação da tutela jurisdicional no país.

---

<sup>54</sup> “O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente” (MARINONI, 2013, p. 326).

### 3. ESPECIFICIDADES CULTURAIS E UMA TRADIÇÃO JURÍDICA ENTRE DOIS EXTREMOS: O “BRAZILIAN LAW”

A evolução do Direito tem demonstrado que Estados historicamente adeptos da experiência jurídica romano-germânica têm se valido de técnicas próprias da anglo-saxônica. Essa miscigenação de culturas jurídicas encontra no Brasil um emblemático exemplo: o país que sempre fora considerado herdeiro da tradição do civil law<sup>55</sup> tem cada vez mais incorporado noções inerentes ao common law<sup>56</sup>.

A nação tupiniquim, dessarte, guarda grandes semelhanças com ambas tradições jurídicas mencionadas, de sorte que não pode ser classificada como adepta de uma ou outra. É, em verdade, e por essa razão, singular.

O Brasil, por razões histórico-culturais, herdou do reino português a tradição do civil law, de modo que predominou no país a rígida submissão do magistrado à lei, tendo em vista ser a fonte primária do Direito. Não obstante, ao longo do tempo incorporamos uma série de diretrizes e institutos próprios do Direito anglo-saxão, a par da tradição jurídica de nossos colonizadores.

Nesse pórtico, como nos países da tradição do civil law, existem entre nós precedentes que nada ostentam além do condão de persuadir outro julgado, assim como precedentes rigorosamente vinculantes, circunstância que nos aproxima da tradição do common law. Nessa linha:

O sistema brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (...), de óbvia inspiração no common law. (DIDIER JR, 2011, p. 42)

A esse propósito, pode-se evidenciar que, no Direito brasileiro, desde a promulgação da primeira Carta Constitucional republicana, de 1891, estabeleceu-se o sistema de controle difuso de constitucionalidade e, desde então, tem sido

---

<sup>55</sup> A tradição jurídica do *civil law* “caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (Civil Law) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*”. (REALE, 2009, p. 141-142).

<sup>56</sup> “A *Common Law* (...) resulta da jurisprudência, pois ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das cortes e publicados em coletâneas (*reports*), adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (*rules of precedents*), para regerem os casos futuros; ademais juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que subsequentemente, ampliam os limites da *Common Law* e, assim generalizados, propiciam a sua evolução’.” (RÃO, 1999, p.131).

largamente difundido pela doutrina clássica que, “declarada a inconstitucionalidade incidenter tantum (...), desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional (...). Porém, tais efeitos (...) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração” (MORAES, 2011, p. 746). Paralelamente, a Constituição Federal de 1934 previu um esboço do que conhecemos hoje como controle abstrato de constitucionalidade (BARROSO, 2008, p. 145), mas, até o advento da Emenda à Constituição de 1988 n. 03/93, não havia previsão de efeito geral e vinculante às decisões envolvendo controle abstrato. Assim, inicialmente, não se reconheciam efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

Ocorre, todavia, que, evidenciando a miscigenação de tradições jurídicas, a mencionada Emenda à Constituição n. 03/1993 alterou o texto da Constituição Federal de 1988, fazendo constar expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas em controle concentrado.

Outrossim, a ideia de que a decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade vincula tão somente as partes tem sido temperada pela doutrina mais moderna. Eis o fenômeno jurídico denominado objetivação do recurso extraordinário: tem-se entendido que a decisão proferida pelo Pretório Excelso no controle difuso de constitucionalidade tem o condão de vincular os demais órgãos jurisdicionais, ostentando, pois, o status de precedente vinculante. Em abono:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos (MENDES, Gilmar Ferreira apud DIDIER JR, 2012, p. 361-362).

Inafastável, pois, a conclusão de que “temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que (...) poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como *brazilian law*” (DIDIER JR, 2011, p. 43).

No ponto, em que pesem as inovações acerca da força dos precedentes trazidas pela Lei n. 13.105/15, não se pode perder de vista que as bases histórico-culturais da ciência jurídica brasileiras não encontram perfeito paralelo na *common law*. Logo, por mais que positivemos a autoridade vinculante dos precedentes, não nos tornaremos, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, juristas ingleses ou estadunidenses, prontos para assimilar e lidar com um sistema de precedentes

vinculantes<sup>57</sup>. Devemos compreender que não somos um país de common law, mas, antes, uma comunidade jurídica com fortes bases no civil law que apenas passará a se valer de expedientes com vistas a tornar coerente e célere a prestação jurisdicional.

A dinâmica do Direito anglo-saxão foi paulatinamente construída por séculos e pressupõe a obediência natural ao que já foi anteriormente decidido.

Se você perguntar a um jurista inglês o que acontece se um juiz de primeiro grau desrespeitar um precedente da Suprema Corte britânica, ele te responderá com outra pergunta: como assim, desrespeitar? Detalhe: não está escrito em lugar algum que precedentes de tribunais superiores devem ser respeitados e não há um remédio, na lei, para corrigir eventual desrespeito (WAMBIER, 2015).

Tamanho distanciamento cultural inclusive faz com que exista defensores da total ineficácia social da positivação de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil<sup>58</sup>.

Nesse cenário, torna-se possível o humilde prognóstico de que não haverá entre nós obediência natural e espontânea à força vinculante dos precedentes. Diferentemente dos britânicos, precisaremos de medidas que forcem tal obediência, reprimindo eventual desrespeito. Conforme Erik Navarro Wolkart, no Brasil, “a partir do momento em que uma decisão em um processo passa a ter de ser obrigatoriamente seguida na solução de outros, deve haver uma preocupação contínua com a sua legitimação” (WOLKART, 2015, p. 429).

Nesse contexto, assoma-se a Reclamação Constitucional como instrumento adequado e suficiente para esse intento.

Sem prejuízo dos detalhamentos adiante feitos e desconsideradas, por ora, das disposições da novel legislação, a Reclamação Constitucional tem como finalidade específica a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem assim

---

<sup>57</sup> “(...) conquanto a inspiração no *common law* seja evidente e decorra da influência globalizante, o sistema de precedentes que se quer delinear tem características bem peculiares. Na tradição inglesa, uma decisão não nasce precedente – ressalvado o *stare decisis* americano. Ela assume essa característica no momento em que passa a ser seguida pelas cortes inferiores. Aqui, os novos mecanismos têm por finalidade a criação de precedentes obrigatórios. Já se sabe de antemão que a decisão de um recurso repetitivo ou de um incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser obrigatoriamente seguida. Mais do que isso, até que sejam proferidas tais decisões, os processos repetitivos ficam suspensos em todas as instâncias.” (WOLKART, 2015, p. 429).

<sup>58</sup> “Ademais, ainda que fosse criada uma Emenda Constitucional que alterasse nosso texto constitucional a fim de determinar que, a partir de então, passaria a vigorar no Brasil o sistema do *stare decisis*, sequer assim ficaria possibilitada a funcionalização de doutrina de precedentes porque tal sistema é fruto de tradição histórica, oriunda das particularidades históricas, sociais, filosóficas e jurídicas das comunidades do *common law*, cuja imposição e transposição não pode ser feito de um dia para o outro, em decorrência da vinculação determinada por via legislativa” (DANTAS, ABOUD, 2013, p. 500).

para a garantia da observância de Súmula Vinculante perante o Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento tem dupla função: a primeira de remédio constitucional dos jurisdicionados e a segunda, de proteção dos guardiões da Constituição (STF) e do direito federal (STJ).

Nessa linha, caso o órgão jurisdicional não labore de acordo com o entendimento fixado em precedente vinculante – o que não raro acontecerá –, seu ato será combatido por esse instrumento processual, fazendo prevalecer o efeito vinculante e, por extensão, todas benesses por ele proporcionadas.

Seguindo essa mesma linha intelectual, Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 632) também defende o uso da reclamação como instrumento para efetivação da força vinculante dos precedentes. E mais: ainda antevendo a possibilidade de ser insuficiente o remédio processual, sugere a imposição de sanção administrativa ao órgão jurisdicional que não respeitar os precedentes vinculante.

Acreditamos na suficiência e adequação da reclamação, acaso lhe seja garantido pleno cabimento e efetividade, como a seguir esposado.

#### **4. DA RECLAMAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES VINCULANTES**

A natureza jurídica da reclamação divide a doutrina. Perfilhamos o entendimento que trata a Reclamação como uma ação<sup>59</sup> com vistas à impugnação de decisões judiciais. Sua finalidade mesma é preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade de suas decisões, sendo ajuizada diretamente perante o tribunal cuja competência ou decisão foi infirmada.

Previamente ao advento da Lei n. 13.105/15 dava-se a esse instrumento o nome de reclamação constitucional, mercê de sua previsão em nossa Lei Maior. A esse respeito, aprofundando o anteriormente exposto, os artigos 102, I, “I”, e 105, I, “f”, da Constituição Federal estabelecem a previsão legal para apresentação da Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. O procedimento da Reclamação Constitucional para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de decisões era disciplinado pela Lei 8.038/90<sup>60</sup>, derogada pelo novo código. Outrossim, o artigo 103-A da Constituição Federal, incluído em nossa ordem constitucional pela Emenda Constitucional n° 45/04, prevê que caberá Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal contra ato administrativo ou judicial que desrespeitar enunciado de súmula vinculante.

Contudo, atualmente, entendemos não ser mais adequada, porquanto imprecisa, a adjetivação “constitucional” da reclamação. Isso porque, de acordo com a redação do caput do artigo 988 da Lei n. 13.105/15, já alterado pela Lei n.

---

<sup>59</sup> Juntamente com Pontes de Miranda (1997, p. 287) e Fredie Didier Jr. (2012, p. 485).

<sup>60</sup> Arts. 13 e seguintes aplicáveis da Lei 8.038/90.

13.256/16<sup>61</sup>:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (...)

Bem se vê, pois, que o Novo Código de Processo Civil alargou as hipóteses de cabimento da reclamação constitucionalmente estabelecidas. O inciso IV do dispositivo supra estabelece que também será possível o manejo desse instrumento em face de decisão que desrespeitar a tese firmada em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

O NCPC alarga, pelo menos de forma expressa, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional (...). Agora, estando a tese jurídica firmada em recurso repetitivo (recurso especial ou extraordinário), pode o jurisdicionado ou o próprio Ministério Público propor a reclamação a fim de “chamar à atenção” da instância inferior para a necessidade de se observar a decisão consolidada. (DONIZETTI, 2015, p. 24)

Entretanto, tal alargamento se mostra deveras tímido e, nessa medida, insuficiente para efetivar a força vinculante dos precedentes. É que as situações de cabimento da reclamação expressa e especificamente estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil deixam a descoberto hipóteses nas quais se prevê a autoridade vinculante dos precedentes; é dizer, em dadas situações, conquanto o diploma outorgue efeito vinculante ao precedente, não prevê o manejo de reclamação para resguardar tal efeito.

E isso não é só, pois, recrudescendo a deficiência legislativa no ponto, a já mencionada Lei n. 13.256/16, ao acrescentar um inciso no §5º do artigo 988 do Novo Código de Processo Civil, vedou expressamente o uso de reclamação com vistas a garantir a autoridade vinculante de acórdão oriundo de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. A alteração, assim, vai de encontro a um sistema pleno de precedentes vinculantes, no qual não só se deve reconhecer a força vinculante das

---

<sup>61</sup> Firme na presunção de constitucionalidade das leis, partimos do pressuposto de que a Lei n. 13.256/16 é válida, estando apta a irradiar efeitos na ordem jurídica, nada obstante o respectivo processo legislativo ter tido início da Câmara dos Deputados e, conquanto o Senado tenha realizado mudanças em seu texto, tenha sido diretamente submetido à sanção presidencial, sem retorno à Casa iniciadora.

teses jurídicas veiculadas em tais acórdãos, mas também permitir que essa vinculação seja resguardada por meio do instrumento adequado, conforme já defendemos anteriormente (BRASIL, 2014).

Diante desse cenário normativo, pode-se indicar que assim se correlacionam as hipóteses em que o Novo Código de Processo Civil prevê a autoridade vinculante vertical<sup>62</sup> dos precedentes e a possibilidade do uso da reclamação:

<b>Efeito vinculante (art. 927)</b>	<b>Reclamação (art. 988)</b>
(I) Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade	Cabível (III)
(II) Súmula vinculante	Cabível (III)
(III-1) Incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas	Cabível (IV)
(III-2) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos	Vedada, quando não esgotadas as instâncias ordinária (§5º, II)
(IV) Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional	Não há previsão

Quadro I – correlação entre precedentes vinculantes verticais e o cabimento de reclamação

Fonte: elaborado pelo autor

Não obstante, a bem da higidez do sistema de precedentes vinculantes brasileiro, defendemos a plena efetividade da reclamação. O instrumento deve ser aceito para resguardar a força vinculante prevista nos incisos III, segunda parte, e IV do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, a despeito da lacuna legal, a reclamação será cabível para garantir o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como decorrência lógica do sistema, à luz do quanto aqui esposado. É o que determina a conjugação dos artigos 927, inciso IV, e 988, inciso II, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Outrossim, malgrado a alteração promovida pela Lei 13.256/16 tenha positivado que não se deve substituir as vias recursais ordinárias pela via da reclamação a fim de resguardar o efeito vinculante dos precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, é evidente que as vias recursais ordinárias não são suficientes e adequadas para tal intento.

É certo que, nessas condições, estar-se-á trocando a reclamação por um recuso. A troca, à evidência, não é vantajosa. A reclamação tem procedimento bastante simples, de via direta e célere, semelhante ao das ações de natureza mandamental. Entretanto, os recursos que a substituirão sujeitarão a parte a demasiados ônus – sejam de ordem financeira, sejam de ordem emocional –, além de mobilizar órgãos da estrutura judiciária desnecessariamente, acrescentando os gastos do Estado com a prestação jurisdicional e comprometendo a duração razoável

<sup>62</sup> A força vinculante outorgada à orientação do plenário ou do órgão especial em relação aos órgãos fracionários do tribunal (art. 927, V, do Novo Código de Processo Civil) trata de hipótese de precedente *horizontalmente* vinculante, razão pela qual não se lhe aplica as ideias ora expostas e defendidas.

do processo. Nesse sentido:

(...) Não existe no sistema outro instrumento processual tão eficaz a garantir a obediência e a autoridade das decisões vinculantes dos tribunais como a reclamação. (LIMA, 2013. p. 300).

“(...) como desdobramento da necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva, fala-se ainda em tutela tempestiva. Daí surge a ideia de direito fundamental à duração razoável do processo, expressamente positivada, após a Emenda Constitucional n° 45/2004, no inciso LXXVIII do art. 5° da Carta Política. Assim, considera-se que retirar do lesado a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, mediante o ajuizamento direto de reclamação, afirme a autoridade de seus precedentes constitucionais atenta contra os direitos fundamentais em comento (...). Nessa perspectiva, portanto, ainda que a intenção seja desafogar o Supremo, o entendimento em questão acaba por conferir à parte lesada com decisão em desacordo com o precedente constitucional o trâmite mais moroso do recurso, em detrimento da possibilidade de ajuizamento da reclamação, notadamente mais célere” (MARINONI, BARBOSA, 2012, p. 375).

A par dos lindes normativos em questão, preocupa-nos, ainda, a jurisprudência defensiva já firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil, no sentido de não ser cabível a reclamação para defender o efeito vinculante de precedentes.

Para que se compreenda tal jurisprudência, é necessário ter em mente que uma decisão com efeito vinculante produz duas normas jurídicas: a norma jurídica do caso, assim como qualquer decisão faz – que diz respeito ao determinado ato normativo objeto do processo; e a norma jurídica geral para outros casos semelhantes – o precedente. Em relação à primeira, há coisa julgada material; em relação à segunda, há a eficácia vinculante do precedente<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> “Observa-se este exemplo: no julgamento de um ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: ‘lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal’. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, que certamente será baseada no precedente anterior”. DIDIER JR, Fredie. *et al. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 394.

No ponto, quando do julgamento da Rcl 3.014<sup>64</sup>, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser descabida a reclamação quando houver violação apenas ao precedente e não à coisa julgada, visto que, acaso aceita tal hipótese de cabimento, levar-se-ia a uma grande concentração de processos na mais alta corte do país.

Contudo, não se concorda com o argumento de que, acaso se possibilitasse o uso de reclamação na hipótese, haveria significativo aumento no número de ações. O que se pode antever é que justamente o oposto tende a acontecer.

Isso porque, cientes os órgãos jurisdicionais de que, acaso não laborem em conformidade com as decisões dos tribunais que lhes são superiores, seus atos poderão ser efetivamente cassados via reclamação, é de se presumir que não atuarão de forma a dar azo à repreensão. Não se ignora que, até se atingir tal ponto de maturidade, muitas serão as reclamações que abarrotarão o Excelso Pretório, porém, superada tal adaptação, reduzir-se-iam as desobediências, com a conseqüente redução das reclamações (LIMA, 2013, p. 303). Lapidar, a esse propósito, a seguinte lição:

Contra-argumentar afirmando que tal medida implicaria uma avassaladora quantidade de reclamações (...) não é o bastante, pois justiça não se faz apenas com a redução do número de processos julgados pelas Cortes Superiores. Em determinados momentos e em prol do sistema como um todo, faz-se necessário dar um passo para trás para, em seguida, dar-se dois para frente. Diz-se isso porque é natural que, no início, os magistrados inferiores não mudem de postura e continue, a decidir em contradição com os posicionamentos consolidados (...). Porém, é previsível que, à medida que suas decisões sejam cassadas (...), haja uma alteração de comportamento, passando a se pronunciarem em conformidade com a Corte Superior, reduzindo, conseqüentemente, o número de Reclamações e reestruturando o sistema, que passará a ser mais coerente, possibilitando ao seu usuário (o jurisdicionado) o recebimento de uma prestação jurisdicional mais célere e justa. (PINHEIRO apud LIMA, 2013, 302).

Ao fim e ao cabo, para que aproveitemos o melhor de um sistema de

---

<sup>64</sup> “RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, **o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal.** 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 ‘por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)’, este se limitou ‘a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional’. 3. Reclamação julgada improcedente”. (STF. Pleno, Rcl n. 3014, rel. Min. Ayres Brito, j. em 10.03.2010, publicado no DJe-091 em 21.05.2010) – destacamos

precedentes vinculantes, dadas as peculiaridades da praxe jurídica brasileira, faz-se necessário ampliar o campo de incidência da reclamação, desafiando o atual plexo normativo referente à reclamação e, sobretudo, a jurisprudência defensiva firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## 5. CONCLUSÃO

À vista do panorama aqui delineado acerca do precedente judicial no Direito brasileiro, é evidente a conclusão de que é ele fundamental à concretização de um Estado Democrático de Direito. O intuito é que zele pelos princípios que o alicerçam, notadamente a isonomia e a segurança jurídica. Logo, garantir plenos efeitos a um sistema de precedentes vinculantes é contribuir sobremaneira para o aprimoramento do Direito Processual pátrio, inclusive majorando a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

É certo que, como aqui exposto, a praxe jurídica brasileira não assimilará essa força vinculante dos precedentes sem sobressaltos. A conclusão é inafastável: a autoridade vinculante será desrespeitada.

Daí porque, no Brasil, a reclamação exsurge como instrumento necessário e adequado à efetivação da autoridade vinculante dos precedentes. Se o órgão jurisdicional não agir em conformidade com os precedentes a que está submetido, seus atos serão combatidos, de forma direta e célere, por meio da reclamação.

Reside nesse aspecto a necessidade de reconhecer e garantir a plena efetividade da reclamação, sob pena de arrefecer os benefícios ínsitos ao sistema de precedentes vinculantes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Guilherme Mungo. **Da Reclamação Constitucional para preservação da autoridade vinculante das decisões em sede de Recurso Extraordinário**. Jus Navigandi v. 4253, 2015 <disponível em <https://jus.com.br/artigos/31913/da-reclamacao-constitucional-para-preservacao-da-autoridade-vinculante-das-decisoes-em-sede-de-recurso-extraordinario>> acesso em 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 3014, Relator: Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno. Publicação em 21.05.2010.

DANTAS, Bruno et al – Coordenadores. ABBOUD, Georges et al. **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil,

Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR. Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** V. 3. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Revista de Direito UNIFACS, n. 175, 2015

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme – Coordenador. BARBOSA, Adriano et al. **A força dos Precedentes.** 2ª ed., revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** 5ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Tersa Arruda Alvim. **Por que respeitar os precedentes?** 2015.  
<disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes>>  
acesso em 17 de fevereiro de 2016.

WOLKART, Érik Navarro. **Precedentes do Brasil e cultura**. Revista de Processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 40, n. 243, p. 409–434, 2015.

**ABSTRACT:** The Brazilian New Civil Procedure Code brought a binding precedent system among us. This system aims to improve the judgements in the country, mitigating the effects of the crisis observed in the Brazilian courts as ensuring equality and legal certainty for the citizens. It happens that we will not assimilate this system, inspired by that typical one of the common law countries, calmly and smoothly. In our "Brazilian law", a Brazilian fusion of institutions and procedures derived of Roman-Germanic and Anglo-Saxon traditions, in order to exist a respect for the binding authority of precedent, there must be an instrument capable of rebutting irreverent judicial acts: the legal complaint. In this context, from previous studies about the Brazilian binding precedent and according to the new legislation, we seek to define the benefits and harms of the system, concluding that it is a useful tool for the purposes it is proposed. In addition, from the review of relevant legislation and doctrine built about the legal complaint, we realized that there is the need to ensure the full effectiveness of this procedural instrument in order to do not overshadow the benefits of a binding precedent system.

**KEYWORDS:** New Civil Procedure Code; precedent; binding effect; legal complaint.

## Sobre a organizadora

**KÁTIA LOPES MARIANO** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1994), tem mestrado em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2014) e especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003). Atualmente é professora titular da Faculdade Sagrada Família (FASF), Centro de Educação Superior dos Campos Gerais (CESCAGE) e Faculdades Ponta Grossa (FacPG) junto à Graduação nos cursos de Administração, Ciências Contábeis e Direito. Tem experiência e atuação nas áreas de Direito Empresarial, Tributário, Previdenciário, do Trabalho e Cível.

## Sobre os autores

**ALEXANDRE DE MENDONÇA NASCIMENTO** Graduando do 5º ano no curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina; Colaborador no projeto de pesquisa A Função Social das Empresas de Telecomunicações e a Relação de Consumo, coordenado pela Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Carla Bonomo; Colaborador no projeto de extensão Criminologia: reflexões sobre o saber criminológico indispensável à administração da justiça criminal em face do modelo de estado brasileiro, um panorama da criminalidade de Londrina e região, coordenado pelo Prof. Dr. Pedro Marcondes. Estágia no escritório BSAMORIM & Advogados Associados em Londrina, nas áreas de Direito Penal e Direito do Consumidor. E-mail: alexandredmn@gmail.com

**ANA CLÁUDIA DUARTE PINHEIRO** Doutoranda, aluna do curso de Doutorado em Geografia: Dinâmica Espaço Ambiental da Universidade Estadual de Londrina, professora das disciplinas Direito Ambiental e Urbanístico e Direito Financeiro do curso de graduação em Direito e coordenadora do curso de Especialização em Direito Ambiental, ambos da Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Programa de Formação Complementar Disseminação de trabalhos de conclusão do curso de graduação em Direito: processo de integração da comunidade acadêmica interna e externa. Email:acdphs@yahoo.com.br.

**ANGELITA CAROLINY VILELA SALVADOR** Graduação em Direito pela Universidade Norte do Paraná; Graduação em Ciências Sociais Licenciatura Pena pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Graduação em Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Grupo de pesquisa: Comissão de Processo Civil OAB/PR subseção Londrina; E-mail para contato: angelita@carversan.adv.br

**BRUNA BOSSAY ASSUMPCÃO FASSA** Advogada formada pela Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande – MS. E-mail para contato advbrunafassa@gmail.com

**BRUNO BANDEIRA DE VASCONCELOS** Professor na Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão – FACEMA; Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho – ICF; Graduado em Licenciatura Plena em História pela Universidade Federal do Piauí – UFPI; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Membro da Clínica de estudos interdisciplinares em Sociologia Judiciária - UFRGS. Email para contato: [brbveg@gmail.com](mailto:brbveg@gmail.com)

**CLARISSA CARELLO** Mestre em Direito (2017). Especialista em Direito Empresarial (2009). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004). Professora auxiliar do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) desde 2014. Professora convidada de diversos cursos de especialização no RS e PR. Professora Substituta do Instituto Federal (Campus Porto Alegre) desde 2016. Advogada militante no RS.

**DANIELA REGINA PELLIN** Graduação em Direito pela FIG-UNIMESP. Mestrado em Direito da Sociedade da informação pela FMU/SP. Doutoranda em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Grupo de pesquisa: JUSNANO. Email:daniela.pelin@terra.com.br

**DOUGLAS SANTOS MEZACASA** Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica, campus Londrina/PR, especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Ensino de Maringá/PR – Unicesumar. email: dmezacasa@gmail.com

**EDUARDO ROBERTO DOS SANTOS BELETATO** Formado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Presidente Prudente-SP, Especialista em Direito Notarial e Registral pela Anhanguera-Uniderp, Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Anhanguera-Uniderp, Pós-Graduando em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), e Aluno Especial do Mestrado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). email: eduardo.beletato@gmail.com

**ELAINE CLER ALEXANDRE DOS SANTOS** Doutoranda em desenvolvimento Local em contexto de territorialidade – UCDB, Políticas Públicas e Dinâmicas de Inovação em Desenvolvimento Territorial; Mestre em Direito, área de concentração, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (2007). Especialista em Direito do Trabalho (2000). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista de TUPÃ/SP (1995). Atualmente, exerce a coordenação do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco-UCDB, além de professora titular da cadeira de DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO na UCDB, no curso de Pós Graduação. Mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - TJMS. Atua principalmente na área trabalhista, como advogada e docente na graduação da UCDB, desde 2000 e na Pós Graduação desde 2007. Experiência como supervisora do NUPRAJUR da UCDB e como coordenadora do campus da UCDB de São Gabriel do Oeste/MS, em anos passados.

**EMERSON WENDT** Professor da Universidade: Academia de Polícia Civil do RS; Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Psicologia Forense da IMED Porto Alegre, dentre outras; Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria; Mestrado em Direito & Sociedade pela Universidade La Salla Canoas; E-mail para contato: [emersonwendt@gmail.com](mailto:emersonwendt@gmail.com)

**EZEQUIEL ANDERSON JUNIOR** Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especializando em Direito e processo penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especializando em Direito digital e compliance pelo instituto Damásio de Jesus. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Informático (IBDI). Contato: [Ezequiel.anderson.dir@gmail.com](mailto:Ezequiel.anderson.dir@gmail.com)

**FERNANDA ICHIKAWA CLARO SILVA** Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2015). Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2016). Pós-Graduação em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (em andamento). [fer\\_ichikawa@hotmail.com](mailto:fer_ichikawa@hotmail.com)

**FRANCISCO ROMERO JUNIOR** Graduação: Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2015). E-mail para contato: [frj.romero@gmail.com](mailto:frj.romero@gmail.com)

**GABRIELA AMORIM PAVIANI** Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especializanda em Direito empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. Especializanda em Direito e processo do trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Contato: [Gabriela\\_a.paviani@hotmail.com](mailto:Gabriela_a.paviani@hotmail.com)

**GABRIELA OSHIRO REYNALDO** Graduação em Geografia pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Graduanda em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco; Mestranda em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco; E-mail para contato: [oshiro.gabriela@hotmail.com](mailto:oshiro.gabriela@hotmail.com)

**GIOVANA MESQUITA ALVES CRUZ** Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Grupos de pesquisa: Regulação Econômica no Brasil e a Constituição Federal de 1988: Controles do e sobre o Estado em face da Administração Pública Gerencial; Carreira Jurídica In Loco; O Direito Infantojuvenil e a Educação: Os Fundamentos Jurídicos para o Exercício do Magistério da Educação Infantil ao Ensino Médio no Município de Londrina e Região.

**GUALTERBERG NOGUEIRA DE LIMA E SILVA** Mestre em Direito pelo Unilasalle Canoas, Assessor jurídico do Ministério da Defesa.

**GUILHERME MUNGO BRASIL** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS; Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas; Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados – PPG-Fdh/UFGD.

**HEITOR ROMERO MARQUES** Professor na Universidade Católica Dom Bosco. Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação na Universidade Católica Dom Bosco, atuando em cursos de licenciatura e bacharelado, bem como na especialização lato sensu e Programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades, no qual foi coordenador no período de primeiro de março de 2012 a sete de março de 2016. Graduação em Ciências pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1976), graduação em Pedagogia - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1981), graduação em Educação Moral e Cívica Exame de Suficiência pela Universidade Federal de Goiás (1971), graduação em Ciências de Primeiro Grau Exame de Suficiência pela Universidade Federal de Goiás (1969) e Especialização em Filosofia e História da Educação (1986) – FUCMT. Mestrado em Educação Formação de Professores pela

Universidade Católica Dom Bosco (1996). Doutorado em Desarrollo Local Y Planteamiento Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004). E-mail para contato: [heitorma@ucdb.br](mailto:heitorma@ucdb.br).

**HENRIQUE PINHO DE SOUZA CRUZ** Graduação em Direito pela União Norte de Ensino – Uninorte Londrina; Membro dos grupos de pesquisa: A propriedade privada e sua proteção ambiental; Interlocuções filosóficas e jurídicas acerca da crise do estado-nação: direito e democracia após a crise de 2008; Aluno Especial do Mestrado pela Universidade Estadual de Londrina nas Disciplinas: Dimensões estruturais e econômicas do direito internacional; e Meio ambiente e desenvolvimento sustentável; E-mail para contato: [Henrique.pinho.sousa.cruz@gmail.com](mailto:Henrique.pinho.sousa.cruz@gmail.com)

**ISABELA SIMÕES DE OLIVEIRA** Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2015). Pós-Graduação em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (em andamento). [isab\\_simoies@hotmail.com](mailto:isab_simoies@hotmail.com)

**JANAINA BARCELOS CORRÊA** Mestre em Direito pelo Unilasalle Canoas, advogada.

**JOSÉ FLÔR DE MEDEIROS JÚNIOR** É Professor da Faculdade Maurício de Nassau – Campus Campina Grande – PB, possui graduação em História pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB; graduação em Direito pela Facisa – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas; Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Unipê – Campus João Pessoa – PB; Mestrando em Ciências Jurídicas pela UFPB – Campus I João Pessoa – PB; Membro do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político; Membro do Grupo de Pesquisa Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual; Membro do Grupo de Pesquisa ESTUDOS E SABERES AMBIENTAIS-HOMENAGEM A ENRIQUE LEFF: SUSTENTABILIDADE, IMPACTOS, RACIONALIDADES E DIREITOS. Contato pelo e-mail: [jfmjmedeiros@gmail.com](mailto:jfmjmedeiros@gmail.com)

**JOSÉ MANFROI** Professor da Universidade Católica Dom Bosco; Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco; Graduação em Filosofia pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso; Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; Doutorado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho; E-mail para contato: [jmanfroi@terra.com.br](mailto:jmanfroi@terra.com.br).

**LEILA CLEURI PRYJMA** Docente do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Paraná (IFPR), especialista em Psicopedagogia, Educação Especial, Neuropedagogia, Gestão Escolar, com experiência de mais de 20 anos na Educação ([profleilapryjma@gmail.com](mailto:profleilapryjma@gmail.com)). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Primeira presidente do Clube de Mães do Capítulo Apucarana nº 80.

**LUCIANA OLIVEIRA DE CAMPOS** Advogada empregada pública, especialista em direito público pela Faculdade IDC, mestre em Direito pela Universidade La Salle Canoas/RS. e-mail: luciana47853@gmail.com

**MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ** Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1993), graduação em Comunicação Social/Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1991) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Professora da Faculdade de Direito da UFRGS (Parte Geral de Direito Civil, Obrigações, Teoria Geral dos Contratos e Responsabilidade Civil) e da Graduação e do Mestrado em Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade La Salle (Sociedade Contemporânea e Relações Privadas, Obrigações e Responsabilidade Civil). Juíza de direito com atuação, por convocação, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em Câmaras de Direito Público e Privado.

**MARIANA VIALE PEREIRA** Mestranda na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2008) e especialização em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é Assessora da Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz, juíza com jurisdição na 3ª Vara Cível do Foro Central, que atua como juíza convocada no TJRS. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Civil e Direito de Família e Sucessões, e Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo. Já atuou como Assessora Superior da Corregedoria Geral da Justiça do TJRS, durante a gestão do Corregedor Geral Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, bem como, anteriormente, como Secretária de Desembargador, no Gabinete do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, junto a 7ª Câmara Cível do TJRS.

**NÁDILLA MARQUES DA SILVA** Aluna do quinto ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina-UEL e colaboradora no projeto “Dissemina Ambiental”, vinculado ao Programa de Formação Complementar Disseminação de trabalhos de conclusão do curso de graduação em Direito: processo de integração da comunidade acadêmica interna e externa. Email: nadilla-marques@hotmail.com.

**NAIARA COELHO** Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá; Mestranda em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense; Grupo de pesquisa LADER/Laboratório Políticas Públicas, Governança e Desenvolvimento Regional, do(a) Universidade Federal Fluminense; Bolsista Produtividade em Pesquisa pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPQ). E-mail para contato: naiara.coelho@hotmail.com

**NICOLAS ADDOR** Graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco; Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Grupo de Pesquisa: Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano

(PUCPR) e Núcleo de Pesquisa Patrimônio, Direito e Diversidade (UCDB). E-mail para contato: nicolasaddor@gmail.com

**PAULO JÚNIOR TRINDADE DOS SANTOS** Graduação em Direito pela UNOESC Universidade do Oeste de Santa Catarina. Mestrado em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutorando em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Grupo de pesquisa: JUSNANO e O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Email: pjtrindades@hotmail.com

**RAQUEL VON HOHENDORFF** Graduação em Direito pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutoranda em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Grupo de pesquisa: JUSNANO. Email para contato: [vetraq@gmail.com](mailto:vetraq@gmail.com)

**TÚLIO SANTOS CALDEIRA** Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio (FDDJ); Aluno especial do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Email para contato: caldeiratulio@hotmail.com

**VALQUIRIA PALMIRA CIROLINI WENDT** Professor da Universidade: Academia de Polícia Civil do RS; Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Psicologia Forense da IMED Porto Alegre; Graduação em Direito pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul; Mestrado em Direito & Sociedade pela Universidade La Salla Canoas; E-mail para contato: [valquriaw@hotmail.com](mailto:valquriaw@hotmail.com)

**WILSON ENGELMANN** Professor da Universidade Unisinos; Membro do corpo docente do Programa de Pós Graduação em Direito Público da Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Coordenador adjunto do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos e coordenador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Graduação em Direito pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutorado em Direito Público pela Unisinos- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Grupo de pesquisa: JUSNANO- Líder. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 2. Email: wengelmann@unisinos.br

**YUKI LOPES TAMURA** Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana. Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: yukii\_tamura@hotmail.com

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-93243-34-9



9 788593 243349